

Sentencia T-974/08

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR EN REGIMEN SUBSIDIADO-Es a la Secretaría de Salud del Municipio a la que le corresponde iniciar el trámite para asignarle una EPS

Referencia: expediente T-1'948.466

Accionante: Jenny Johanna Reyes en representación de su hija Niyired León Reyes

Accionado: Secretaría Municipal de Ibagué

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil ocho (2008)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de la tutela número T-1.948466 acción promovida por la señora Jenny Johanna Reyes, en representación de su hija Niyired León Reyes, en contra de la Secretaría Municipal de Ibagué. El fallo fue proferido por el Juzgado Doce Civil Municipal de Ibagué, el 27 de marzo de 2002.

## I. ANTECEDENTES

1. La señora Jenny Johanna Reyes, es madre de la menor Niyired León Reyes. Afirma que está afiliada al SISBEN desde el 1 de septiembre de 2007, fecha desde la que es beneficiaria del sistema de salud subsidiado.

1. El 23 de julio de 2007, la madre de la menor radicó el Formulario Único de Registro de Novedades del Régimen Subsidiado, en el cual se reportaba la inclusión de su hija a la ARS CAFESALUD, en calidad de beneficiaria.

1. La menor Niyired León Reyes contaba al momento de la tutela 1 año y 11 meses de edad. El 27 de septiembre de 2007 le fue diagnosticada una “displasia de cadera bilateral”, por parte de un médico adscrito a la Unidad de Salud de Ibagué. Por esta razón, fue remitida a valoración por médico pediatra, quien le informó a la madre que de no ser sometida a tratamiento, la menor podría llegar a tener daños irreversibles.

1. Informa la accionante que hasta el mes de febrero no había recibido la visita domiciliaria por parte de los funcionarios encargados de hacer la inclusión de la menor al SISBEN y que cada vez que acudía a las oficinas de la Secretaría de Salud de Ibagué sólo recibía respuestas evasivas.

1. En vista de la urgencia en el tratamiento de salud de su hija, solicita sea incluida en el SISBEN y en consecuencia, se le asigne por parte de la Secretaría Municipal de Ibagué una EPS del régimen subsidiado, con el fin de que se le inicie el tratamiento en forma inmediata.

## B. Contestación de la entidad accionada

### 1. Contestación de la Secretaría Municipal de Salud de Ibagué

La entidad accionada manifestó que para la fecha de la remisión de la menor a valoración por pediatría el servicio fue prestado por el Hospital Federico Lleras de la ciudad de Ibagué, y su costo fue cubierto por la Secretaría de Salud del Tolima. Lo anterior, puesto que la menor tenía menos de un año de edad y por tanto, tenía la calidad de vinculada. Sin embargo, ya

que en la actualidad cuenta 16 meses no ostenta dicha calidad.

Para la entidad accionada, la no inclusión de la menor como beneficiaria de una ARS responde a la falta de inscripción de ésta en el SISBEN. Esta actuación debe ser adelantada por los padres de la menor.

Manifestó el representante de la entidad demandada que para el momento de la acción de tutela, la Secretaría de Salud estaba ampliando la cobertura del régimen subsidiado, pero que debido a que la menor no tenía la documentación al día y al no estar inscrita en el SISBEN no le era posible la asignación de una EPS del régimen subsidiado.

## II. DECISIÓN JUDICIAL

### Fallo único de instancia

El Juez Doce Civil Municipal de Ibagué, después de hacer un recuento de las intervenciones de las partes dentro de la acción de tutela, consideró que el ente accionado no había vulnerado los derechos fundamentales de la menor.

Lo anterior, al considerar que la accionante debía gestionar ante la oficina del SISBEN de la ciudad de Ibagué la inclusión de su hija en tal sistema de información y así poder posteriormente, acceder a los servicios de salud que la menor requería.

Por último, el Juez requirió a la entidad accionada para que, previo el lleno de los requisitos exigidos, incluyera a la menor Niyired León Reyes al sistema de identificación de beneficiarios del SISBEN.

A continuación se relacionan las pruebas que fueron aportadas al expediente:

a. Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor Niyired León Reyes, con Número Único de Identificación Personal 1030280234.

a. Copia del formato de Remisión de Pacientes, con fecha 27 de septiembre de 2007, expedido por el médico Germán Andrés Jiménez, adscrito a la Unidad de Salud de Ibagué E.S.E.

a. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Jenny Johanna Reyes, madre de la menor.

a. Copia del Formulario Único de Registro de Novedades para Beneficiarios del Subsidio en Salud, con fecha 23 de septiembre de 2007, en el cual se solicita la inclusión como beneficiaria a la hija de la señora León Reyes a la A.R.S. CAFESALUD.

a. Formularios de verificación de derechos de los padres de la menor, en los cuales se deduce que éstos están inscritos al SISBEN y afiliados a la ARS CAFESALUD.

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

##### A. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

##### B. Fundamentos jurídicos

###### 1. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si los derechos a la vida, a la seguridad social, a la integridad física y a la dignidad humana, de la menor Niyired León Reyes han sido vulnerados por parte de la Secretaría de Salud Municipal de Ibagué, al no asignarle una EPS del régimen subsidiado.

2. Derecho al acceso a los servicios de salud. Especial situación de los sujetos de especial protección.

El artículo 48 de la Constitución señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Así mismo, el artículo 49 ibídem establece que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma. En virtud de este texto constitucional, la Carta Política asigna al Estado la función de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como la de establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control sobre las mismas. Así mismo, el constituyente asignó a la ley la labor de señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Por su parte, el artículo 44 consagra que son derechos fundamentales de los niños “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”. Sobre el particular esta Corporación ha explicado<sup>1</sup>:

“Por una parte, en su inicio, el artículo [44] establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional,<sup>2</sup> dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

“El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por

lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos". 3

El trato prevalente es una manifestación del Estado Social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, garantizando, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional.

En este sentido, dijo la Sentencia T- 840 de 2007 que "el estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los niños, sino que debe impedir que a través de sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, o de los particulares en los que el Estado ha delegado la función de proporcionar el servicio de salud, se ponga en riesgo o se vulnere tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que los niños forman parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, estando en la obligación de adelantar una política de especial atención hacia ellos."

Se concluye que el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales de los niños por expreso mandato constitucional, y por tanto, es procedente la acción de tutela como mecanismo para lograr su inmediata efectividad.

(ii) Obligación de asignación de entidad prestadora de salud. Reiteración de jurisprudencia

Con el propósito de desarrollar los artículos 48 y 49 de la Constitución, el legislador creó el Sistema de Seguridad Social Integral, mediante la Ley 100 de 19934. Uno de los objetivos del sistema es el de garantizar la ampliación de la cobertura, hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante el desarrollo del principio constitucional de solidaridad<sup>5</sup>.

En la actualidad es claro que el Sistema de Seguridad Social en Salud regula la vinculación de las personas, cuando ésta se realiza a través del pago de una cotización o de recursos

subsidiados, total o parcialmente con recursos fiscales o del Fondo de Solidaridad y Garantía “FOSYGA”. Esta última posibilidad, se ofrece a favor de quienes no están en capacidad de cotizar al sistema, es decir, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Así mismo, se consagra que tendrán particular importancia las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores independientes, maestros de obra de construcción y desempleados, entre otros<sup>6</sup>.

Por su parte, el artículo 215 de la Ley 100 de 1993 dispone que la administración del Régimen Subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes suscribirán para la prestación de los servicios médicos contratos de administración del subsidio con las entidades promotoras de salud para que afilien a los beneficiarios del subsidio <sup>7</sup>

Por otro lado, la Corte Constitucional ha sostenido que no es válido negar los beneficios del régimen subsidiado bajo el argumento que las personas inscritas al SISBEN sean tan sólo potenciales favorecidos para llegar a obtener los servicios integrales del mismo. Por el contrario, el paso a seguir por las Secretarías de Salud, es la asignación a una EPS del régimen subsidiado y luego, la prestación del servicio en general a la salud. La Sentencia T-961 de 20018, dijo al respecto:

“No es válido el argumento de que en un primer momento (luego de obtener el puntaje requerido), el protegido por el SISBEN simplemente está como potencial beneficiario, luego se requiere la carnetización para gozar de todas las prerrogativas. La salud, en conexión con el derecho a la vida, está garantizada por el artículo 49 de la C. P. dentro de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia. En casos graves como un tumores (sic) en el cráneo la atención en la salud no puede postergarse por razones de orden burocrático.”

“En caso parecido, mediante la T-387/20019 se concedió la tutela y se ordenó practicar una cirugía pese a que ni siquiera se había iniciado la tramitación para ingresar al SISBEN. Para la Corte “Esta protección se otorgará mientras el paciente obtiene el carácter de beneficiario SISBEN”. Entre las razones aducidas por la Corporación para dar la orden, aparecen estas:

“No puede permitirse que la ineficiencia institucional, la desidia o el aplazamiento voluntario del servicio por parte de una entidad, pública o privada, se conviertan en el mecanismo para desconocer los derechos fundamentales de afiliados y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud. El simple paso del tiempo no basta para que la entidad prestadora del servicio quede exonerada de las obligaciones surgidas durante la vigencia del respectivo contrato de afiliación.

(...)

“Una persona que ya está vinculada, así se le diga que es potencialmente beneficiaria, tiene derecho a que el SISBEN principie a tratarla, el tratamiento iniciado no puede quedar trunco porque esto también atentaría contra la buena fe del beneficiario o potencial beneficiario.<sup>10</sup>”

De igual forma, esta Corte ha señalado que aquello se concluye de los principios de la buena fe y seguridad jurídica, y por tanto, “la administración no puede adoptar conductas omisivas que afecten derechos particulares que crean en éstos una convicción objetiva, fundada en hechos externos, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular, pero que actúan en contravía de lo predicado.”<sup>11</sup>

En consecuencia, una vez la persona ingrese al SISBEN tendrá derecho a que se proceda a la asignación de una empresa prestadora del servicio de salud. Dicha obligación se verá reforzada si se está en presencia de sujetos de especial protección como los niños.

## V. CASO CONCRETO

La accionante señala que es madre de la menor Niyired León Reyes y está afiliada al SISBEN desde el 1 de septiembre de 2007. Agrega que desde el 23 de julio de 2007 radicó el Formulario Único de Registro de Novedades del Régimen Subsidiado, en el cual se reportaba la inclusión de su hija a la ARS CAFESALUD en calidad de beneficiaria.

Afirma que hasta el mes de febrero no había recibido la visita domiciliaria por parte de los funcionarios encargados de hacer la inclusión de la menor al SISBEN y que cada vez que acude a las oficinas de la Secretaría de Salud de Ibagué sólo recibe respuestas evasivas. Solicita que su hija sea incluida en el SISBEN y en consecuencia, sea beneficiaria del régimen

subsidiado de salud.

La Sala encuentra probado que la accionante se encuentra inscrita en el SISBEN. Así mismo, solicitó la inclusión de su hija desde el año 2007, sin que hasta el momento haya sido objeto de la encuesta, y por tanto, se encuentra fuera del servicio de salud. En efecto, al contrario de lo afirmado por la Secretaría de Salud, los padres de la menor han hechos las gestiones para obtener la inscripción de su hija en el SISBEN, sin que hasta al momento hayan obtenido respuesta alguna.

Por otro lado, se encuentra probada la urgencia de la asignación de una entidad prestadora de salud teniendo en cuenta que la menor padece de “displasia de cadera bilateral”, la cual debe ser tratada lo más pronto posible, por cuanto podría producir efectos irreversibles en el proceso de crecimiento.

El artículo 44 de la Carta Política establece la salud como uno de los derechos fundamentales de los niños. En este sentido, no sólo debe garantizárseles todos los servicios de salud, sino que además tienen el derecho a ser parte del sistema general de salud. Es por ello que toda actuación de las autoridades públicas encaminadas a hacer nugatorias dichas garantías pone en riesgo la efectividad del derecho a la salud y es la acción de tutela el mecanismo efectivo para restablecerlo.

En efecto, ha dicho la Corporación que “el estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los niños, sino que debe impedir que a través de sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, o de los particulares en los que el Estado ha delegado la función de proporcionar el servicio de salud, se ponga en riesgo o se vulnere tan preciado derecho.”<sup>12</sup>

Así mismo, la jurisprudencia ha establecido que las personas inscritas en el SISBEN tienen derecho a que le sea asignada una EPS del régimen subsidiado, y disfrutar todos los beneficios que éste ofrece. Esta obligación estatal se refuerza cuando el sujeto involucrado es un niño, y por tanto, el Estado debe volcar todos sus esfuerzos para garantizar el derecho.

Ahora bien, como efectivamente se advirtió, la entidad llamada a ofrecer una solución eficaz

al problema presentado por la demandante para acceder a los servicios de salud que requiere, es el Municipio de Ibagué, a través de su Secretaría de Salud. A esta entidad territorial le corresponde iniciar el trámite para asignarle una EPS del régimen subsidiado, con el fin de que éste pueda tener acceso a un tratamiento integral en salud.

Por lo anterior, la Sala Sexta de Revisión ordenará a la Secretaría de Salud del Municipio de Ibagué que proceda a la inscripción en el SISBEN de la niña Niyired León Reyes y de forma inmediata le asigne un EPS del régimen subsidiado.

Por otro lado, la accionante afirma que a su hija, le fue diagnosticada “displasia de cadera bilateral”, por parte de un médico adscrito a la Unidad de Salud de Ibagué, razón por la cual fue remitida a valoración por médico pediatra. Pese a lo anterior, la madre no señala si le ha sido negado algún tratamiento en particular, sino que por el contrario, solicita la asignación de una EPS para que su enfermedad sea tratada en forma integral.

Por ello, esta Sala advertirá que una vez sea asignada la EPS del régimen subsidiado, deberá garantizársele a la menor el tratamiento necesario para la recuperación de su salud.

## VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

### RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo del Juzgado Doce Civil Municipal de Ibagué del 27 de marzo de 2008, que negó la acción de tutela. En su lugar, CONCEDER la protección a los derechos a la salud en conexión con la vida de la menor Niyired León Reyes.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría de Salud Municipal de Ibagué que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta Providencia, en coordinación con la entidad que le compete, inscriba a la menor Niyired León Reyes al SISBEN y de forma inmediata designe la EPS del régimen subsidiado que garantice la atención en salud de la menor. Una vez sea asignada, debe suministrársele el tratamiento necesario para la recuperación de su salud.

TERCERO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente con permiso

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T-510/03. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

2 Con relación a la fundamentalidad de los derechos de los niños ver entre otras las sentencias T-402/92 y SU-043/95.

3 Sentencia C-157/02. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Según lo dispone el artículo 8º de la Ley 100 de 1993, el sistema de seguridad social integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en esta ley.

5 Para la Ley 100 de 1993, el principio de solidaridad consiste en la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables (art. 2º).

7 Sentencia T-829 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

8 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este caso se trató de una persona que ya tenía el puntaje para ingresar al SISBEN, y, los médicos le había ordenado intervención quirúrgica ya que tiene dos tumores en el cráneo, pero no le habían practicado la operación porque el departamento del Atlántico consideraba que quien debía resolver el problema era el Municipio de Soledad ya que la paciente aún no tenía el carnet del SISBEN, por consiguiente le pide a dicho Municipio que por “solidaridad para esta ciudadana obtenga el carnet”. La tutela se concedió y se ordenó que el Municipio de Soledad, en el término de diez días hábiles, remita a la accionante a la Clínica General del Norte, en Barranquilla, para que se le practique la operación ordenada a la señorita Milagros de Jesús Gamarra Guerra, sin que para ello sea necesario presentar el carnet respectivo.

En otro caso parecido, mediante la T-387/2001 se concedió la tutela y se ordenó a la Secretaría de Salud Distrital de Bogotá practicar la cirugía pese a que ni siquiera se había iniciado la tramitación para ingresar al SISBEN.

9 M.P. Rodrigo Escobar

10 Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sobre este tema también pueden consultarse las sentencias T-398 de 1997, T-576 de 1998 y SU-260 de 1998.

11 Sentencia T-693 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

12 T-840 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas