

ACCIÓN DE TUTELA - Ampara el derecho a la salud integral y acceso a la seguridad social / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - Madre cabeza de familia y sus hijos menores / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE - La demandada debe determinar si les asiste el derecho del servicio de salud o es un derecho accesorio que depende directamente de dicha prestación periódica

Para resolver el problema jurídico, la Sala encuentra que la [actora] reporta en la base de Datos Unica de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Salud con un estado de retirado de la EPS COOMEVA, con un régimen subsidiado, con fecha de afiliación «14/09/2006» y de finalización de la misma del «29/06/2015», en calidad de cabeza de familia. Asimismo, se observa que a pesar de que tanto ella como sus menores hijos reportaban como beneficiarios de los servicios de salud que le brindaba la Policía Nacional antes del fallecimiento del señor [J.A.A], lo cierto es que, con posterioridad a dicho suceso fueron desvinculados del Subsistema de Salud de dicha institución. Lo anterior, por cuanto para la demandada debe primero determinarse, por parte del área encargada, si a los accionantes les asiste el derecho de percibir la pensión de sobreviviente, pues a su juicio, el servicio de salud es un derecho accesorio que depende directamente de dicha prestación periódica. (...). Por tanto, se considera que, para el caso concreto, la continuidad en la prestación de los servicios de salud integral implica además la atención de las condiciones de vida digna de los menores demandantes y de su progenitora, que, por demás, redundaría en indicar, [s]e tratan de sujetos de especial protección del Estado. Así las cosas, para la Sala la falta de pronunciamiento frente al reconocimiento pensional que les pudiera asistir a los accionantes, por parte del área encargada, no puede constituirse en una traba de índole administrativo para que pueda garantizarse la efectiva prestación y continuidad de los servicios de salud de estos, dadas sus especiales condiciones y a la vocación de permanencia que tenían como beneficiarios, desde antes del fallecimiento del extinto miembro de la Policía Nacional, [J.A.A], el 20 de marzo de 2017. En consecuencia, se confirmará el fallo del 27 de septiembre de 2017, proferido por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual se accedió al amparo solicitado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 23 / CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTÍCULO 49 / DECRETO 1795 DE 2000 - ARTÍCULO 5 / DECRETO 1795 DE 2000 - ARTÍCULO 18 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 2 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 153

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto al principio de prevalencia del interés superior de los menores de edad, ver: Corte Constitucional, sentencia 5 de diciembre de 2008, exp. T-1227, M.P. Mauricio González Cuervo y sentencia octubre 16 de 2013, exp. T-705, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., noviembre veintitrés (23) de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00547-01(AC)

Actor: JENNY TREJOS GARCÍA Y OTROS

Demandado: LA NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, POLICÍA NACIONAL, DIRECCIÓN DE SANIDAD

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por el jefe Seccional de Sanidad de Risaralda en contra del fallo del 27 de septiembre de 2017, proferido por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual se accedió al amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La señora Jenny Trejos García, en nombre propio y en representación de sus menores hijos Juan Diego y Mathías Abadía Trejos, ejerció acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Dirección de Sanidad, Seccional Risaralda, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales de los niños, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, los cuales consideró vulnerados por la autoridad demandada por la suspensión de los servicios de salud y la negativa de la reanudación de los mismos, con ocasión del fallecimiento de su esposo, quien laboraba al servicio de la institución en calidad de patrullero del nivel ejecutivo.

En consecuencia, solicitó lo siguiente:

«...ordenar a la entidad accionada DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL – SANIDAD SECCIONAL RISARALDA, que se incluya y/o afilie al servicio de salud de la Policía Nacional, a mis menores hijos JUAN DIEGO ABADÍA TREJOS Y MATHÍAS ABADÍA TREJOS y a la suscrita, con el fin de garantizar nuestros derechos constitucionales a la salud y a la seguridad social».

Asimismo, pidió como medida cautelar que mientras se resuelve su situación jurídico pensional, se vincule a sus menores hijos al servicio de sanidad de la Policía Nacional.

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Sostuvo que contrajo matrimonio civil con el señor Jorge Andrés Abadía el 21 de diciembre de 2014, y que producto de dicha relación nacieron sus menores hijos Juan Diego y Mathías Abadía Trejos.

Indicó que el señor Abadía prestaba sus servicios en la Policía Nacional en el grado de patrullero del Nivel Ejecutivo, asignado a la Dirección Antisecuestro y Antiextorsión, en el municipio de Buenaventura (Valle).

Agregó que tanto ella como sus hijos figuraban como beneficiarios del mencionado uniformado, hasta que con ocasión de la muerte de aquel, el 20 de marzo de 2017, le fueron suspendidos los servicios de salud, a pesar de que también se encuentra en trámite el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que les asiste.

Adujo que presentó una petición el 10 de agosto de 2017 la cual fue contestada negativamente mediante comunicado S-2017048068, bajo la justificación de que aún no se ha reconocido la aludida prestación periódica, ya que la entidad debe determinar si la muerte de su esposo fue producto de actos del servicio o en simple actividad.

3. Fundamento de la petición

Sostuvo que sus derechos fundamentales se vulneraron, puesto que la autoridad demandada le suspendió los servicios de salud, tanto a ella como a sus menores hijos, hasta tanto se resuelva administrativamente si le asiste o no el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su esposo, quien se desempeñaba como patrullero del Nivel Ejecutivo en dicha institución.

Afirmó que con tal proceder la institución no solo desconoce las garantías plasmadas en la Constitución Política de Colombia de 1991 sino las Declaraciones Universales de los Derechos de los Niños y de los Derechos Humanos (artículo 25).

4. Trámite de la solicitud de amparo

La Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda mediante auto del 14 de septiembre de 2017, admitió la solicitud de amparo y en consecuencia, ordenó la notificación de la parte actora, así como del jefe Seccional de Sanidad de Risaralda, capitán Luis Fernando Viveros Quandt, al agente del Ministerio Público.

Adicionalmente, concedió el decreto de la medida provisional solicitada por la accionante, por lo que ordenó que en el término de 48 horas siguientes «...*la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional Seccional Risaralda, realice los trámites correspondientes para incluir a los menores Juan Diego Abadía Trejos y Mathías Abadía Trejos así como a su madre la señora Jenny Trejos García al servicio de salud de la Policía Nacional hasta tanto se resuelva el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes*».

5. Argumentos de defensa

5.1 Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Dirección de Sanidad, Seccional Risaralda

Esta autoridad demandada contestó mediante escrito recibido electrónicamente el 18 de septiembre de 2017, a través del cual se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, por las siguientes razones:

Sostuvo que no es posible, por el momento, que los accionantes reciban el servicio del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, toda vez que no se les ha reconocido la pensión de «*sustitución*», lo cual concierne al área de prestaciones sociales de la institución.

Indicó que hasta tanto no se decida si es viable tal reconocimiento prestacional, no es factible que dicha Seccional brinde los aludidos servicios, ya que estos son accesorios de la vinculación a la Policía Nacional, bien como miembro activo o bien como pensionado. Al respecto, hizo referencia a las calidades de afiliados y beneficiario señaladas en el Decreto 1795 de 2000.

Añadió que, a pesar de lo anterior, en virtud de lo dispuesto con la admisión de la demanda, el 18 de septiembre de 2017 se incluyó a los demandantes al servicio de salud, pero como ello no es viable solicitó que se cancele la medida provisional decretada. Para tal efecto, allegó constancia relacionada.

Resaltó que si eventualmente no se les reconociera dicha prestación periódica y los actores no pudiesen afiliarse al Régimen Contributivo de Salud, es a través del régimen Subsidiado que el Estado debe brindarles la protección solicitada.

Precisó que ello es así porque el Estado aporta a las ARS para el cubrimiento de la población desprotegida, mientras que el régimen de salud de la Policía no recibe ningún aporte, ni puede compensar ni recobrar al FOSYGA.

Afirmó que de llegarse a prestar los servicios de salud sin que medie un reconocimiento pensional se desviarían los dineros del sistema y con ello se pone en riesgo la viabilidad financiera del sistema.

6. Sentencia de primera instancia

La Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante fallo del 27 de septiembre de 2017, accedió al amparo solicitado, por lo cual resolvió:

«1. Tutelar el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Jenny Trejos García y sus hijos menores Juan Diego Abadía Trejos y Mathías Abadía Trejos, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este proveído.

2. En consecuencia, se ordena a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Seccional Risaralda que de manera coordinada y de acuerdo con

sus competencia, garantice el acceso al servicio de seguridad social de la señora Jenny Trejos García y sus hijos menores Juan Diego Abadía Trejos y Mathías Abadía Trejos, hasta tanto sea resuelta la situación jurídica en el área de prestaciones sociales de la Policía Nacional en lo relacionado al trámite de reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

...»

Como fundamentos de la anterior decisión, el Tribunal sostuvo que la acción de tutela es procedente para propender por la protección del derecho a la salud, pues este ha sido catalogado por la Corte Constitucional como esencial es inherente a la dignidad humana. Al respecto hizo referencia a las sentencias T – 101 de 2006, T – 760 de 2008, T – 209 de 2013 y C – 313 de 2014.

Indicó que a pesar de encontrarse probado que los accionantes eran beneficiarios del mencionado servicio de salud por la vinculación que tenía el esposo y padre de los mismos con la institución, resultaba extraño que con posterioridad a su fallecimiento fueran desvinculados de dichos beneficios prestacionales.

Señaló que los demandantes tenían derecho a que se le prestara tal servicio de forma continua, ya que se trata de menores de edad y de una madre cabeza de familia, los cuales tienen una prevalencia en sus derechos fundamentales por ser sujetos de especial protección del Estado.

7. La impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el jefe de la Seccional de Sanidad, Risaralda, mediante escrito recibido electrónicamente el 29 de septiembre de 2017¹, impugnó el fallo de primera instancia, para lo cual reiteró los argumentos esgrimidos con su contestación, al tiempo que solicitó se revocara la decisión impugnada, ya que la prestación de los servicios de salud solicitados depende del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por parte del área encargada.

Recalcó que los accionante no tendrán derecho a recibir los servicios de salud a través del Subsistema de la Policía Nacional, hasta tanto se decida si deben ser titulares de la aludida prestación periódica.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de las impugnaciones presentadas contra la sentencia de primera instancia que accedió al amparo solicitado, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2° del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

¹ Para tal efecto, la notificación del impugnante se realizó vía electrónica el 27 de septiembre de 2017.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido el 27 de septiembre de 2017 por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió a la protección deprecada.

Para el efecto, se deberá analizar, si la autoridad demandada no vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora al suspender los servicios de salud que percibían en calidad de beneficiarios, antes del fallecimiento del extinto miembro de la Policía Nacional, el señor Jorge Andrés Abadía, pues, a su juicio, tal prerrogativa depende del reconocimiento de la pensión que les pueda asistir en calidad de sobrevivientes.

3. Caso concreto

La parte actora considera que la Dirección de Sanidad demandada le vulneró sus derechos fundamentales, por cuanto suspendió los servicios de salud que percibía desde antes del fallecimiento del señor Jorge Andrés Abadía, quien prestó sus servicios a la Policía Nacional en calidad de patrullero del Nivel Ejecutivo, asignado a la Dirección Antisecuestro y Antiextorsión en la ciudad de Buenaventura.

Por su parte, la autoridad acusada considera que los accionantes no tiene derecho a que se les brinden tales servicios, ya que ello depende el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que en derecho les pueda asistir o no y la dependencia encargada aún no ha resuelto lo pertinente.

El *a quo* accedió al amparo solicitado y en consecuencia, ordenó a la aludida Dirección que, de manera coordinada y de acuerdo a sus competencias, garantizara el acceso a la seguridad social, hasta tanto se resolviera la situación jurídico pensional por parte del área de prestaciones sociales de la Policía Nacional.

La Policía Nacional, Dirección de Sanidad, Seccional Risaralda impugnó la anterior decisión, al reiterar los argumentos expuestos con su contestación y solicitar que se revocara dicho fallo, ya que la prestación de los servicios de salud solicitados depende del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en beneficio de los accionantes.

Para resolver el problema jurídico, la Sala encuentra que la señora Jenny Trejos García reporta en la base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Salud con un estado de retirado de la EPS COOMEVA, con un régimen subsidiado, con fecha de afiliación «14/09/2006» y de finalización de la misma del «29/06/2015», en calidad de cabeza de familia².

2

http://aplicaciones.adres.gov.co/BDUA_Internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=/Imn9JptdU4QNhk/IdzuTg==

Asimismo, se observa que a pesar de que tanto ella como sus menores hijos reportaban como beneficiarios de los servicios de salud que le brindaba la Policía Nacional antes del fallecimiento del señor Jorge Andrés Abadía, lo cierto es que, con posterioridad a dicho suceso fueron desvinculados del Subsistema de Salud de dicha institución.

Lo anterior, por cuanto para la demandada debe primero determinarse, por parte del área encargada, si a los accionantes les asiste el derecho de percibir la pensión de sobreviviente, pues a su juicio, el servicio de salud es un derecho accesorio que depende directamente de dicha prestación periódica.

Al respecto, debe indicarse que el régimen especial de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional³, no escapa a la observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstos en el artículo 49 superior.

En el artículo 5° del Decreto 1795 de 2000, por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se establece como objeto del mismo la de «...[p]restar el Servicio de Sanidad inherente a las Operaciones Militares y del Servicio Policial como parte de su logística Militar y además brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios».

A su vez, la mencionada norma dispuso en su artículo 18 que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional es una dependencia de la Policía Nacional, encargada de administrar el Subsistema de Salud e implementar las políticas que emita el CSSMP y los planes y programas que coordine el Comité de Salud de la Policía Nacional respecto del SSPN.

Por su parte, en el artículo 23 *ibidem* se establecieron expresamente quiénes tienen la calidad de afiliados, a saber, i) los sometidos al régimen de cotización, dentro de los cuales se encuentran los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y, ii) los no sometidos al régimen de cotización.

No obstante, para el caso concreto, tal normatividad debe analizarse a partir de las especiales particularidades de las garantías constitucionales que se encuentran comprometidas, a saber:

Se advierte que con la presente controversia se encuentran comprometidas unas garantías que constitucionalmente deben ser protegidas, tales como la protección del interés superior del niño, principio *pro infans* y la condición de una madre cabeza de familia que luego de la muerte de su esposo, quedó a cargo del hogar que conformaban.

³ Artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, debe indicarse que la condición de madre cabeza de familia⁴ que recae sobre la señora Trejos García, madre de aquellos, refuerza la protección ineludible de postulados constitucionales, lo cual deviene de la aplicación del interés superior de sus menores hijos, dada la condición de sujetos de especial protección constitucional de estos últimos.

A su vez, se observa que si bien se encuentra en conflicto el principio de legalidad de las actuaciones administrativas de la entidad demandada, lo cierto es que para resolver la tensión existente entre prerrogativas de carácter superior debe preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.

Por lo que, en atención a que la parte demandante pretende la protección del derecho a la salud, debe recordarse que esta prerrogativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene una doble connotación, esto es, como un derecho constitucional y como un servicio público.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado:

«De este modo, la aplicación de los postulados constitucionales y legales que regulan la prestación de los servicios públicos relacionados con la materialización de los derechos fundamentales de los niños, estará supeditada a la plena observancia del principio pro infans»⁵.

De manera que, para que pueda materializarse el principio de prevalencia del interés superior de los menores de edad, las autoridades y los particulares les asiste el deber de *«...abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro los derechos del niño»⁶.*

Por lo que, pese a que se encuentran prohibidas las conductas u omisiones que afecten la continuidad en la prestación del servicio de salud, para el asunto en estudio, tal obstáculo se concreta con la imposibilidad administrativa que adujo la demandada para afiliar a los accionantes, pues a su juicio, dichos servicios dependen del reconocimiento pensional que les pudiera asistir, lo cual para la Sala escapa del objeto de la presente solicitud de amparo.

En relación con derecho a la continuidad en el servicio de salud, la Corte Constitucional ha precisado que tal garantía se vulnera cuando por causa de la desafiliación se interrumpen tratamientos o se desamparan personas de especial protección constitucional.

⁴ De conformidad con la Ley 1232 de 2008, por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones, es mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

⁵ Sentencia T - 1227 de 2008.

⁶ Sentencia T - 705 de 2013.

Es así como, con la sentencia T – 067 de 2015, dicha Corporación ordenó a la EPS tratante que reanudara la prestación de los servicios de salud de la accionante en condición de discapacidad hasta tanto no le fuera reconocida la sustitución pensional a la que tenía derecho con ocasión de la muerte de su progenitora o hasta que quedara incluida en el régimen subsidiado de salud. Adicionalmente, en la precitada providencia se indicó lo siguiente:

«En aquellos eventos en los que el afiliado deba ser retirado del sistema porque era beneficiario de un cotizante y éste deja de aportarle al sistema, la respectiva EPS debe mantener a la persona en las mismas condiciones en que se encontraba hasta tanto ésta logre ubicarse en otro régimen o como beneficiario de otra persona o como contribuyente en sí mismo.»

...

En este punto, es relevante mencionar la Sentencia T-781 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), en la que se estableció que la EPS a la que se encontraba afiliado el accionante en el régimen contributivo, debe guiarlo y colaborarle de manera que pueda pertenecer al régimen subsidiado.»

Para la mencionada Alta Corte la pérdida de la calidad de beneficiaria no faculta a la empresa prestadora de salud para suspender inmediatamente los servicios de salud del paciente, ya que se trata de un servicio público que debe suministrarse de manera ininterrumpida, constante y permanente⁷, más aún cuando se trata de unas personas que ingresaron al Sistema de Salud, en calidad de beneficiarios, con vocación de permanencia.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia T - 576 de 2008 y la más reciente sentencia T-100 de 2016, en lo pertinente ha considerado:

«4.1. De manera reiterada y con base en diferentes disposiciones legales... esta Corporación ha sostenido que la atención en materia de salud debe prestarse de manera integral, es decir, debe envolver todas las prestaciones y servicios que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos... más aun cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional...»

Por tanto, se considera que, para el caso concreto, la continuidad en la prestación de los servicios de salud integral implica además la atención de las condiciones de vida digna de los menores demandantes y de su progenitora, que, por demás, redundaría indicar, [s]e tratan de sujetos de especial protección del Estado.

Así las cosas, para la Sala la falta de pronunciamiento frente al reconocimiento pensional que les pudiera asistir a los accionantes, por parte del área encargada, no puede constituirse en una traba de índole administrativo para que pueda

⁷ Artículo 49 superior y artículos 2 y 153 de la Ley 100 de 1993.

garantizarse la efectiva prestación y continuidad de los servicios de salud de estos, dadas sus especiales condiciones y a la vocación de permanencia que tenían como beneficiarios, desde antes del fallecimiento del extinto miembro de la Policía Nacional, Jorge Andrés Abadía, el 20 de marzo de 2017.

En consecuencia, se confirmará el fallo del 27 de septiembre de 2017, proferido por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual se accedió al amparo solicitado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia del 27 de septiembre de 2017, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se accedió al amparo solicitado, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero