

SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN - Menor de edad / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN ASUNTOS DE SALUD / INAPLICACIÓN DE NORMAS INTERNAS DE ECOPETROL RELACIONADAS CON LA AFILIACIÓN DE BENEFICIARIOS AL SISTEMA DE SALUD

[A]unque en principio no sería posible afiliar al sistema de salud de Ecopetrol al nieto de la actora (pensionada de esa entidad), por cuanto en la actualidad figura como beneficiario el cónyuge (...) no se puede desconocer que dicha situación conllevaría a la vulneración de los derechos fundamentales no solo del menor recién nacido, sino también los de su progenitora, que valga reiterar, es también menor de edad. (...) es válido en casos excepcionales como el presente, en el que se encuentran en riesgo derechos fundamentales de dos menores de edad, que las autoridades públicas o privadas actúen buscando la protección del principio del interés superior de los menores, por lo que resulta procedente la inaplicación de las normas internas de Ecopetrol, con el fin de realizar la afiliación del menor recién nacido en los términos de los artículos 21 y siguientes del Decreto 2353 de 2015, pues (...) ambos menores dependen económicamente de la [actora], quien se encuentra afiliada al sistema de salud de Ecopetrol como pensionada de esa entidad y, por tanto, no se puede ordenar la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 44 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 49 / DECRETO 2353 DE 2015 - ARTÍCULO 21

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia cita la evolución jurisprudencial que se ha dado sobre la relevancia constitucional del derecho a la salud cuando se trata de menores de edad, en el mismo sentido, habla de la aplicación del principio del interés superior del menor en asuntos de salud. Finalmente se menciona el procedimiento de Ecopetrol para la administración de novedades familiares de trabajadores o pensionados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., primero (1) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01878-01(AC)

Actor: BEATRIZ ELENA PARRA DURÁN Y OTRO

Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS - ECOPETROL

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud y las pretensiones

La señora Beatriz Elena Parra Durán, actuando en nombre propio y en representación de su hija menor de edad, Katherine Ramírez Parra, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, solicita la protección de los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida de su nieto que está por nacer, los cuales estima lesionados por la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol.

En amparo de los derechos invocados solicita:

“[...] PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida de mi nieto que está por nacer, y mi hija Katherine Ramírez Parra, y en consecuencia,

SEGUNDO: Se ordene a ECOPETROL, que una vez se pruebe el nacimiento de mi nieto, hijo de mi hija Katherine Ramírez Parra, de manera inmediata, lo afilie de forma excepcional como mi beneficiario al plan de salud, y brinde los servicios de salud que requiera. [...]”

2. Los Hechos

La parte actora expone como fundamento de su solicitud, los hechos que se resumen a continuación:

Señala que se encuentra afiliada al plan de salud de Ecopetrol desde 1986 y, que en la actualidad ostenta la calidad de pensionada.

Afirma que dentro de sus beneficiarios está su hija Katherine Ramírez Parra, de 16 años de edad, quien para la fecha de presentación de la tutela se encuentra en estado de gestación con 37 semanas.

Manifiesta que el 18 de julio de 2016 su hija fue hospitalizada por presentar dificultades de salud y en dicha oportunidad los médicos establecieron que era posible que tuviera un parto prematuro.

Indica que desde antes que su hija estuviera hospitalizada le consultó a la entidad accionada sobre la posibilidad de afiliar a su nieto al régimen especial de salud al que ella pertenece, sin embargo, la entidad accionada le señaló que no era procedente.

Por lo anterior, la actora averiguó ante diferentes EPS sobre el trámite para afiliar a su nieto que estaba por nacer, siendo así que en ellas le informaron que debía afiliarse a la EPS de la progenitora, quien como ya se indicó, es menor de edad y depende económicamente de la accionante, así como lo hará el bebé.

Teniendo en cuenta lo señalado por Ecopetrol y por las EPS, la actora radicó una petición el 26 de julio de 2016 ante la entidad accionada con el fin de solicitar que se afiliara a su nieto a partir del nacimiento, obteniendo respuesta el 16 de agosto, en el sentido de indicar nuevamente que no es procedente efectuar la afiliación, toda vez que no se encuentra dentro de los estatutos de la empresa y, por tanto, no puede realizarse ninguna excepción como se ha hecho en otros regímenes.

Agrega que aunque en la convención colectiva de trabajo suscrita con Ecopetrol y los trabajadores de esa empresa se establecen quienes pueden ser beneficiarios en el plan de salud, es posible acceder de forma excepcional a la afiliación de su nieto desde el momento de su nacimiento, pues la misma Corte Constitucional en casos similares (de otros regímenes especiales) ha protegido los derechos fundamentales de los menores (T-065 de 2014).

3. Trámite en primera instancia

Mediante auto del 19 de agosto de 2016 (fols. 39-40) el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda, ordenó la notificación a las partes, para que hicieran las consideraciones que estimaran pertinentes y, decretó de oficio la medida provisional consistente en ordenar a Ecopetrol que adelantara las gestiones necesarias para que una vez naciera el bebé de la hija de la accionante (quien depende económicamente de la actora por ser menor de edad), pudiera ser afiliado al sistema de salud de esa entidad.

Ecopetrol S.A., actuando a través de su representante legal (fols. 45-49) manifestó que esa entidad, según lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de la aplicación del Sistema General de Seguridad Social, y señaló que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 807 de 1994, el régimen de seguridad social aplicable a Ecopetrol continuaría siendo el previsto en la ley, la convención colectiva, en el Acuerdo 01 de 1977 y en las demás normas internas de la empresa.

Por lo anterior, indicó que solo es posible incluir como beneficiarios a aquellas personas que cumplen los requisitos y que se encuentran puntualmente señaladas, por lo que en el caso bajo estudio no se puede incluir al nieto de la actora.

En ese orden, solicitó que se declare improcedente la presente acción y se exonere a la entidad de la responsabilidad que se le endilga.

4. La providencia impugnada

Mediante sentencia del 30 de agosto de 2016 el Tribunal Administrativo de Antioquia resolvió: (i) confirmar la medida cautelar; (ii) conceder las pretensiones de amparo; y, (iii) ordenar a Ecopetrol que de manera inmediata proceda a dar cumplimiento a lo dispuesto en la medida cautelar decretada.

El A quo en primer término indicó que la Corte Constitucional ha considerado que los niños por encontrarse en condición de debilidad merecen mayor protección, de forma que se promueva su dignidad, y afirmó que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de presentarse conflicto con otros intereses.

Igualmente, advirtió que “[...] *el menor de edad tiene derecho a la atención en salud desde el mismo momento de su nacimiento por parte de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra vinculada su progenitora como beneficiaria, siempre que aquella no haya adelantado el acompañamiento pertinente para que la madre realice la afiliación de su hijo, o que habiéndole informado de tales trámites, aún no se le hubiere designado una institución responsable de las prestaciones a que haya lugar. [...]*”.

Por lo anterior, concluyó que no es aceptable lo señalado por Ecopetrol, cuando indica que no le es aplicable la Ley 100 de 1993 y, por tanto, no está obligada a

prestar el servicio, pues por tratarse de derechos de un menor, debe proceder a inaplicar su norma interna y acogerse a la norma más favorable para el menor, que en este caso es la Ley 100 de 1993, específicamente el Decreto 806 de 1998.

5. Impugnación

Mediante escrito del 1º de septiembre de 2016 (fols. 125-127), la entidad accionada impugnó la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia¹, en la cual reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela y adicionalmente señaló:

“[...] Consideramos que por parte de ECOPETROL S.A., no se está vulnerando derecho fundamental alguno al menor que está por nacer, si en cuenta se tiene que no se está negando el acceso a la misma, sino simplemente lo está supeditando al cumplimiento de la normatividad que rige el asunto.

Lo anterior sin dejar de considerar que efectivamente ECOPETROL funge como empresa prestadora de beneficios laborales ante el servicio de salud. En este punto debe tenerse en cuenta también y debe existir plena claridad acerca de que ECOPETROL S.A. en ningún momento se está negando el derecho sustancial solicitado por el accionante, lo que sucede es que la empresa se haya (sic) ante la imposibilidad jurídica de reconocerlo mediante la prestación del servicio, sin afectar su responsabilidad administrativa y fiscal, por cuanto como entidad maneja recursos públicos y como empleadora debe justificar con los debidos soportes legales todas las erogaciones que realice.

Es de precisar que los beneficios de salud que se brindan a los pensionados de ECOPETROL y sus familiares son de origen convencional. En este orden de ideas, no es posible extender a personas distintas de las previstas en dicho acuerdo de voluntades los beneficios en él incorporados. [...]”

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela.

2. Generalidades de la acción de tutela

¹ Mediante auto del 5 de septiembre de 2016 el Tribunal Administrativo de Antioquia concedió la impugnación (fol. 128); el expediente ingresó al despacho para dictar sentencia de segunda instancia el día 3 de octubre de 2016 (fol. 136).

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede hacer uso de la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; y la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

3. Problema jurídico

En los términos del escrito de impugnación, a la Sala le corresponde decidir si se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se ampararon los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida de la menor Katherine Ramírez Parra y de su hijo recién nacido, o si, como lo alega la accionada, no es posible afiliar al recién nacido al sistema de salud de Ecopetrol, por no ser un directo beneficiario de la afiliada principal, su abuela materna.

4. Derecho a la salud y su relevancia constitucional tratándose de menores de edad

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: constituye un derecho constitucional y un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en un principio entendió que el derecho a la salud no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que en aplicación de la tesis de la *conexidad* se evidenciaba que su no protección a través del mecanismo de tutela, acarreaba a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal².

Sin embargo, esa misma Corporación replanteó el alcance del derecho a la salud. En la sentencia T-760 de 2008 señaló “[...] Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud [...]”³. Por consiguiente, la Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando en su condición de derecho fundamental.

Ahora bien, como parte del núcleo esencial del derecho a la salud, el acceso a los servicios debe darse sin barreras y de manera integral, continua y oportuna, razón por la cual toda persona tiene el derecho de acceder a los que requiera según el médico tratante, quien es el indicado para ejercer una valoración científica y objetiva de lo que el paciente demande. Por lo tanto, cualquier obstáculo que impida la prestación del servicio en dichas condiciones configura un irrespeto y menoscabo en su acceso⁴.

Respecto de los derechos de los menores, la Corte Constitucional en la sentencia de 14 de febrero de 2013 señaló:

*“[...] Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, al aplicar la preceptiva atinente y ante las circunstancias fácticas de los menores de edad involucrados, la solución que mejor satisfaga dicho interés. Al tiempo, la definición de dichas pautas surgió de la necesidad de recordar los deberes constitucionales y legales que tienen las autoridades en relación con la preservación del bienestar integral de niños, niñas y adolescentes, que requieren su protección, lo cual obliga a jueces y servidores administrativos a aplicar un grado especial de diligencia y cuidado al momento de decidir, **más tratándose de niños de corta edad, cuyo desarrollo puede verse***

² Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992.

³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Sentencia T-057 de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada.

afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión adversa a sus intereses y derechos [...]”⁵. (Negrilla fuera de texto).

De ahí que, tratándose de menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que involucra a sujetos que por su temprana edad y situación de indefensión requieren de especial protección. Por esta razón, a partir de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política⁶, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, como respuesta a su naturaleza prevalente⁷, en lo que atañe al examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud, que su análisis debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

5. Sobre la aplicación del principio del interés superior del menor en asuntos de salud

La Corte Constitucional en la sentencia T- 218 de 2013 analizó de manera puntual la aplicación del principio del interés superior del menor cuando se invoca para la protección de los derechos a la vida, salud y seguridad social. En dicha oportunidad consideró:

[...]

24.- Pues bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que las garantías constitucionales como la salud y la seguridad social, en el caso de los menores, deben ser ampliadas, pues la responsabilidad de proteger sus derechos fundamentales está en cabeza no sólo de la familia, sino también del Estado y la sociedad. Por esta razón, las entidades públicas y privadas, más cuando están a cargo de la prestación de un servicio público esencial como el de la salud, están comprometidas con la garantía de tales derechos, por lo que “todas sus actuaciones deben estar guiadas por el interés superior del menor”⁸.

25.- Bajo esta lógica se ha sostenido por la Corte que deberá prevalecer el derecho fundamental a la salud de niñas y niños sobre requerimientos de carácter administrativo impuesto por Entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁹. Así, en sentencia T-227 de 2006, se consideró

⁵ Sentencia T-075 de 2013, Nilson Pinilla Pinilla.

⁶ Al respecto, la norma en cita dispone 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. (...)”

⁷ El inciso 3 del artículo 44 del Texto Superior, establece que: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

⁸ Sentencia T-1035 de 2010.

⁹ Sentencia T-227 de 2006.

que supeditar el derecho fundamental de una niña, cuyos derechos fundamentales son prevalentes, a un mero trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico, soslayaba el principio de interés superior del menor. [...]

29- En la sentencia T-1199 de 2001, este Tribunal conoció del caso de una niña de diez años a quien la EPS, que había estado encargada de la prestación del servicio de salud por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la atendió durante 4 años en calidad de beneficiaria reconocida de su padrastro. Pero, al pasar la prestación del servicio a otra EPS, unilateralmente se le suspendió la atención porque, en su sentir, dicha niña no integraba el grupo familiar protegido como beneficiario.

En esta oportunidad, atendiendo al principio de la confianza legítima, se decidió la vinculación de la hijastra del actor al sistema de seguridad social en salud “aun aceptando que el “hijastro” no es beneficiario de un sistema especial de seguridad social en salud”.

También reiteró la Corte lo dispuesto en la sentencia T-586 de 1999 en cuanto se refiere a los hijos de relaciones anteriores que se aportan a una nueva familia que se constituye, señalando que para que el hijo que se aporta pueda ser vinculado en calidad de beneficiario “basta[rá] entonces que el afiliado[a] cotizante [padrastro o madrastra] pruebe que esos hijos aportados a la nueva familia por su compañero[a] permanente hacen parte de la familia, son menores, discapacitados o estudian, para que el amparo familiar de la seguridad social les cobije.”

30.- La Corte también revisó el caso de una usuaria afiliada a COMPENSAR EPS a quien, en su calidad de cotizante, le fue negada la afiliación de su nieta como su beneficiaria aduciendo que la misma, de acuerdo con la ley, no hacía parte de su grupo familiar.

Este asunto fue resuelto mediante sentencia T-1093 de 2007, en la que se decidió ordenar a la EPS la afiliación de la menor en calidad de cotizante dependiente de su abuela, sin exigirle para el efecto el pago de las prestaciones de tipo económico ni las garantías previstas por las normas que regulan este tipo de vinculación, hasta tanto la menor “modifique su calidad de beneficiaria por la de cotizante en el régimen contributivo o ingrese al régimen subsidiado de seguridad social en salud.”

40- De igual modo, en la sentencia T-907 de 2004, este Tribunal se pronunció sobre la negativa de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares de afiliar al sistema de salud a un menor de edad como beneficiario de su abuela a quien le había sido otorgada su custodia y cuidado personal.

Sobre el particular se dijo expresamente que era deber de las autoridades relacionadas con la prestación de servicios de salud, tener en cuenta en todos los casos que involucraran niños y/o niñas “que la protección, preservación y promoción de su interés superior y prevaleciente en materia de salud es el norte de cualquier actuación que les concierna, desde la interpretación del alcance de las propias competencias y de las normas que rigen los servicios de salud, hasta la ejecución material, el seguimiento, el control y la supervisión de su prestación”.

41.- En conclusión, la Corte ha establecido que la inobservancia del principio del interés superior del menor por parte de las autoridades públicas encargadas de hacer efectiva la prestación de los servicios de salud de un niño o niña, deberá ser considerada como un desconocimiento de las normas internacionales, constitucionales y legales que regulan la materia. Así, por ejemplo, el acto de desafiliación de un menor sin que éste hubiese sido afiliado bajo alguna otra calidad al sistema general o algún otro subsistema, en el régimen contributivo o subsidiado, constituye claramente una vulneración del derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas. [...]”

De lo anterior se concluye, que la actuación de las autoridades públicas o privadas debe buscar la garantía de los derechos y principios de los menores, así como la protección real y efectiva de los mismos, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional.

6. Procedimiento para la administración de novedades de familiares de trabajadores o pensionados de Ecopetrol

Ecopetrol S.A. allegó al presente trámite de tutela un documento en el cual se define el procedimiento a seguir cuando se presentan novedades para inscripción, reinscripción, ratificación y cancelación de familiares de los trabajadores y pensionados de Ecopetrol S.A., para efectos de tener acceso a los beneficios que reconoce dicha empresa. En dicho documento se establece que son beneficiarios “[...] todos los familiares de los titulares inscritos ante la Empresa [...]”. Igualmente se indica dentro de las condiciones generales que: “[...] Se garantiza la inscripción ante la Empresa a los familiares que cumplan las condiciones y requisitos señalados en este documento, con lo cual gozarán de los beneficios reconocidos a los mismos según el régimen salarial y prestacional aplicable. [...]”.

En dicho documento se señala que son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo:

“[...] 4.1. Personal cobijado por la Convención Colectiva de Trabajo

Se entienden como familiares del personal cobijado por la Convención Colectiva de Trabajo:

- a. El (la) cónyuge o compañero (a) permanente.
- b. Los hijos menores de dieciocho (18) años.
- c. Los hijos mayores de dieciocho (18) años y hasta los veinticinco (25) años, que estén cursando estudios de enseñanza media, intermedia, universitaria o superior, que dependan económicamente del trabajador.
- d. Los hijos mayores de dieciocho (18) años que padecieren cualquier invalidez que les impida trabajar, que dependan económicamente del trabajador.
- e. Las hijas solteras que no tengan hijos, vivan con sus padres, que no estén trabajando y que dependan económicamente del trabajador, mayores de veinticinco (25) años y hasta treinta (30) años de edad, siempre y cuando estén estudiando una carrera universitaria formal en el nivel de pregrado o educación para el trabajo y el desarrollo humano, certificada por la entidad educativa debidamente aprobada por el Ministerio de Educación Nacional o la entidad que haga sus veces. Continuarían siendo consideradas como familiares, las hijas solteras que no tengan hijos, vivan con sus padres que no estén trabajando y que dependan económicamente del trabajador, que estuvieren inscritas ante Ecopetrol con anterioridad al 11 de septiembre de 2014.
- f. Las hijas solteras, menores de veinticinco (25) años, que tengan hijos, que vivan con sus padres, que no estén trabajando y que dependan económicamente del trabajador.
- g. Los padres que dependan económicamente del trabajador. En el evento de que los padres declaren renta, el patrimonio no podrá exceder de trescientos cincuenta (350) salarios mínimos legales vigentes. Excepcionalmente, cuando el único patrimonio del padre sea su casa de habitación y así lo demuestre, el tope patrimonial se elevará a la suma de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales vigentes.

[...]

El trabajador viudo que no inscribiere compañera (o) permanente o cónyuge podrá inscribir a un familiar de parentesco directo de él (ella) o de sus hijos.

[...]” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En cuanto a la inscripción de familiares y a los documentos requeridos para realizar dicho trámite señala:

“[...] 4.3. Inscripción de familiares

Acto por el cual el trabajador presenta por primera vez ante Ecopetrol S.A. el familiar, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin, descritos en este documento, que conlleva a la cobertura de los beneficios previstos en la normatividad interna, según el régimen salarial prestacional aplicable.

[...]

4.3.5. Otros familiares

4.3.5.1. Familiar de parentesco directo

Los documentos que se deben aportar para materializar la inscripción son los siguientes:

PERSONAL COBIJADO POR LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO		
DOCUMENTOS	ORIGINAL (O) / COPIA (C)	TIEMPO MÁXIMO DE EXPEDICIÓN (meses)
Registro Civil de Defunción de su cónyuge ⁽ⁱ⁾ .	C	N/A
Si el familiar a inscribir es un abuelo, deberá cumplir los requisitos y documentos correspondientes a padres.	(Ver padres)	
Si el familiar a inscribir es un nieto, biznieto o tataranieto deberá cumplir los requisitos y documentos correspondientes a hijos y allegar, además, los distintos registros civiles de nacimiento que permitan determinar el parentesco.	(Ver hijos)	
⁽ⁱ⁾ Para efectos de demostrar viudez		

[...]"

7. Análisis del caso concreto

La señora Beatriz Elena Parra Durán acudió a través de la acción de tutela en nombre propio y en representación de su hija menor de edad, Katherine Ramírez Parra, con el fin de solicitar la protección de los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida, los cuales considera vulnerados por la Empresa Colombiana de Petróleos- Ecopetrol S.A., por cuanto negó la solicitud de afiliación de su nieto, bajo el argumento que no se encuentra cobijado como beneficiario dentro de la convención colectiva suscrita por esa empresa, ni en los acuerdos internos.

Al respecto, la actora señala que su hija figura como beneficiaria del sistema de salud de Ecopetrol, teniendo en cuenta que tiene 16 años y depende económicamente de ella. De igual forma, indica que para la fecha de presentación de la tutela su hija se encontraba próxima a tener un hijo, quien también pasaría a depender económicamente de ella.

Afirma que solicitó información en diferentes EPS con el fin de afiliar a su nieto al Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin embargo, le indicaron que no era posible porque debía afiliarse al sistema al que se encontrara su progenitora.

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 19 de agosto de 2016 decretó de oficio una medida provisional, en la cual ordenó a Ecopetrol que adelantara las gestiones para que el bebé que estaba por nacer, hijo de la menor Katherine Ramírez, fuera afiliado al sistema de salud de esa entidad.

Mediante fallo del 30 de agosto de 2016 el Tribunal confirmó la medida cautelar señalada anteriormente, concedió el amparo de los derechos invocados por la actora y ordenó a Ecopetrol que de manera inmediata le diera cumplimiento a lo dispuesto en el auto de 19 de agosto de 2016 por esa Corporación.

Ecopetrol S.A. presentó impugnación contra la anterior decisión, en la cual señaló que no es posible afiliar al nieto de la accionante a ese sistema de salud, toda vez que los beneficios de salud que se brindan a los pensionados de esa entidad y a sus familiares son de origen convencional, por lo que no se pueden extender los beneficios allí incorporados a personas distintas a las previstas en dicho acuerdo de voluntades, posición que fundamenta en lo dispuesto en la sentencia SU-1167 de 2001 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se estudió un asunto en el que se discutía sobre la extensión de las obligaciones convencionales de Ecopetrol para afiliar a un nieto de una pensionada de esa entidad.

Precisada la posición de las partes, la Sala encuentra probado dentro del expediente de tutela lo siguiente:

1. La señora Beatriz Elena Parra Durán es pensionada de la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. – Ecopetrol S.A. (fol. 106).
2. Katherine Ramírez Parra, hija de la accionante, es menor de edad (fol. 27).
3. La accionante tiene inscritos como beneficiarios de los servicios médicos que ofrece Ecopetrol a su cónyuge, a su progenitora y a dos hijas, una de ellas, la menor Katherine Ramírez (fol. 105).
4. Para la fecha de presentación de la acción de tutela, la menor Katherine Ramírez Parra se encontraba en estado de embarazo, según la historia clínica allegada al expediente (fols. 29-28 reverso).
5. Ecopetrol allegó como prueba dentro de la tutela un documento que contiene el procedimiento para la administración de novedades familiares en las que se establecen las condiciones para la inscripción de beneficiarios, y quiénes tienen dicha denominación (fols. 94-104).

Además de la normativa señalada anteriormente, Ecopetrol fundamenta su negativa en la sentencia SU-1167 de 2001, en la que se consideró:

“[...] Imposibilidad de extender las obligaciones convencionales. Protección de la salud del nieto.

7. La atención de la salud es una obligación del Estado (C.P. art. 49). Por ende, le corresponde definir las condiciones de acceso y cobertura a la atención de la salud, así como garantizar la prestación del servicio. La existencia de acuerdos convencionales no altera la existencia de esta obligación primaria del Estado. Por lo mismo, no le corresponde al juez constitucional modificar las condiciones de atención y acceso acordadas convencionalmente, salvo que ellas comporten la violación de los derechos fundamentales de los asociados.

Los beneficios de salud que se brindan a los pensionados de ECOPETROL y sus filiales son de origen convencional. En este orden de ideas, no es posible extender a personas distintas de las previstas en dicho acuerdo de voluntades los beneficios en él incorporados. Por lo tanto, dado que no existe (o no se ha probado la existencia, carga que le corresponde al demandante) norma alguna que obligue a Colombian Petroleum Company a extender los servicios de salud a los nietos de sus pensionados, la Corte no puede disponer dicha extensión.

8. Esta solución no implica la desprotección del nieto. El artículo 44 de la Constitución ha dispuesto que, en primer lugar, corresponde a la familia proteger a los niños. Únicamente cuando la familia está en imposibilidad de brindar dicha protección, corresponde a la sociedad o al Estado. La Corte ya se ha pronunciado en este sentido:

“[...] por voluntad del Constituyente la familia junto con la sociedad y el Estado participan de manera solidaria y concurrente en el apoyo al crecimiento, formación, protección y desarrollo de la infancia colombiana; no obstante, es la familia la llamada a actuar preferentemente para llevar a cabo ese objetivo, con la ayuda de aquellos, a través de las obligaciones que les han sido atribuidas en el ordenamiento jurídico vigente. En forma similar, al interior de esa comunidad familiar, si bien todas las personas que con permanencia se encuentren ligadas a ella son responsables en desarrollo del principio de solidaridad, de hacer efectiva la protección y la asistencia a los menores, su realización se encuentra sujeta a una distribución de la misma, constituyéndose los respectivos progenitores en los principales encargados de su cumplimiento, a través del ejercicio de la patria potestad. [...]”¹⁰.

¹⁰ Sentencia T-182 de 1999

En relación con la salud, la Corte también ha fijado en la familia la obligación primaria de asistencia¹¹. Esta obligación, respecto de los menores, se encuentra reforzada por mandato constitucional: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (C.P. art. 44). [...]”.

Pues bien, a juicio de la Sala la anterior sentencia, contrario a lo alegado por la entidad accionada, contiene un criterio que permite considerar que en este caso deben ampararse los derechos de la menor Katherine Ramírez Parra y de su hijo recién nacido, teniendo en cuenta que la mamá del recién nacido, que es por ley la obligada a asegurar la salud de su hijo por el hecho de ser menor de edad y depender económicamente de su madre, está en la imposibilidad de cumplir con dicha obligación, correspondiendo en este caso a su madre, como cabeza de ese núcleo familiar, asistir a ambos menores para que puedan acceder a los servicios de salud.

Por ello, aunque en principio no sería posible afiliar al sistema de salud de Ecopetrol al nieto de la actora (pensionada de esa entidad), por cuanto en la actualidad figura como beneficiario el cónyuge de la señora Beatriz Elena Parra¹², no se puede desconocer que dicha situación conllevaría a la vulneración de los derechos fundamentales no solo del menor recién nacido, sino también los de su progenitora, que valga reiterar, es también menor de edad.

En asuntos como el presente, el juez constitucional debe evaluar la situación con el fin de evitar que la decisión que se adopte no genere una afectación de los derechos o principios de rango constitucional de los cuales son titulares los niños, pues son sujetos de especial protección y, por tanto, debe efectuarse el análisis del caso buscando la garantía del interés superior del menor.

Así las cosas, se advierte que aceptar lo señalado por Ecopetrol relacionado con que la actora afilie a su hija menor de su edad, y al recién nacido, al régimen general de seguridad social en salud conllevaría a un trámite dispendioso para los menores e incluso a una afectación de sus derecho fundamentales a la salud y a la seguridad social, pues se generaría una notoria desmejora en los beneficios de salud de los cuales la menor Katherine Ramírez ha sido beneficiaria hasta el momento, y que puede seguir recibiendo, toda vez que no ha perdido tal calidad.

¹¹ Sentencias T-209 y 851 de 1999, entre otras.

¹² Numeral 4.1 del manual de procedimiento allegado por la entidad.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la actualidad la menor Katherine Ramírez Parra y su hijo recién nacido dependen económicamente de la accionante, por lo que imponer la obligación de acudir al régimen general de salud desconoce el principio del interés superior del menor, pues no cuentan con la independencia económica para afiliarse al régimen contributivo de salud, y tampoco cumple los requisitos para ser beneficiaria del régimen subsidiado, por lo que cualquier decisión que imponga esa carga a la menor atenta no solo contra sus derechos, sino también contra los de su hijo recién nacido.

La Sala considera que, tal y como concluyó el A quo, es válido en casos excepcionales como el presente, en el que se encuentran en riesgo derechos fundamentales de dos menores de edad, que las autoridades públicas o privadas actúen buscando la protección del principio del interés superior de los menores, por lo que resulta procedente la inaplicación de las normas internas de Ecopetrol, con el fin de realizar la afiliación del menor recién nacido en los términos de los artículos 21 y siguientes del Decreto 2353 de 2015, pues como se ha venido indicando, ambos menores dependen económicamente de la señora Beatriz Elena Parra Durán, quien se encuentra afiliada al sistema de salud de Ecopetrol como pensionada de esa entidad y, por tanto, no se puede ordenar la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, la Sala destaca que la afiliación que haga Ecopetrol de la menor Katherine Ramírez Parra y de su hijo recién nacido no es por un periodo indefinido, pues para que dicha joven permanezca como beneficiaria debe tenerse en cuenta lo previsto en la convención colectiva para ello, y una vez pierda tal calidad, podrá afiliarse, junto con su hijo, al régimen general de seguridad social en salud, sin que se presente una vulneración de sus derechos fundamentales ni los del menor.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 30 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 30 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, teniendo en cuenta lo expuesto en la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Envíese copia de esta decisión al despacho de origen. Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER