REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE IPIALES

Ipiales –Nariño, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado:	2021-00071-00
Accionante:	ERIKA ELIZABETH MELO GUEVARA
Accionada:	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS

Se decide en esta oportunidad la acción de tutela de la referencia, una vez agotado el trámite propio a esta instancia.

I. ANTECEDENTES.

En compendio, la accionante manifiesta que, fue trasladada a NUEVA EPS, debido a la finalización de servicios en el Municipio de Ipiales de la Empresa COMFAMILIAR a la cual se encontraban afiliada, traslado que se efectuó sin que le fuera notificado.

Advierte que, contando con 30 años de edad se encuentra en estado de gravidez, actualmente con 28.5 semanas de embarazo, el cual ha sido catalogado como de riesgo obstétrico bajo, razón por la cual, manifiesta que el cambio de E.P.S. dejo a la deriva su atención médica, colocando en riesgo su vida y la de su hijo que esta por nacer, más aún cuando la empresa a la que fue trasladada presta en su sentir un servicio deficiente a través de I.P.S. GUAITARA de la cual señala, no cuenta en la ciudad con servicios de ecografía, ni controles especializados, pues los mismos se prestan en Pasto, obligándola a incurrir en erogaciones imposibles de cumplir, debido a que depende económicamente de sus padres, uno de los cuales padece epilepsia.

Así, advierte que, faltando únicamente dos meses para el parto, en las condiciones actuales, se encuentra desprotegida, debiendo

acudir a controles prenatales y atención medica a un lugar que esta ubicado lejos de su residencia, además de que se encuentra intervenido por lo que consideró como mala prestación del servicio.

Por lo tanto, solicitó:

> *"PRIMERA: Solicito se me ampare mi derecho fundamental A LA SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, A LA LIBRE ESCOGENCIA DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, LIBRE DESARROLLO DE LA MUJER, A LA IGUALDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, ASÍ COMO A LA DIGNIDAD HUMANA Y AL DERECHO A LA IGUALDAD DE MI HIJO QUE ESTA POR NACER, en contra de la E.P.S. COMFAMILIAR DE NARIÑO y MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.*
>
> *SEGUNDA: En el auto que se admita la presente Acción de Tutela, solicito que, como MEDIDA PROVISIONAL, se ordene a la EPS COMFAMILIAR DE NARIÑO y al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, que de forma inmediata realice(n) mi traslado de servicios y procedimientos médicos, odontológicos y hospitalarios a LA E.P.S. INDÍGENA MALLAMAS, teniendo en cuenta mi estado de embarazo de 28.5 semanas de gestación – de alto riesgo.*
>
> *TERCERA: Prevenir a las entidades accionadas para que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones que dieron lugar a esta acción de tutela, so pena de las sanciones legales correspondientes."*

II. TITULAR DE LA ACCIÓN.

Se trata de la señora **ERIKA ELIZABETH MELO GUEVARA**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía N° 1.085.287.246 expedida en Pasto, usuaria de la administración de justicia

III. SUJETO DE LA ACCIÓN.

Se acusa la vulneración de derechos fundamentales al MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL, organismo del sector central de la

administración pública nacional, que pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional.

De igual manera, se acusa a la NUEVA E.P.S. sociedad Anónima, constituida mediante la escritura pública Nº 753 del 22 de marzo de 2007, que surge como Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo a través de la Resolución Nº 371 del 3 de abril de 2008 de la Superintendencia Nacional de Salud

IV. DERECHOS TUTELADOS.

Los accionantes invocan como vulnerado su derecho fundamental a la salud, libre elección, seguridad social, vida y dignidad humana.

V. CONTESTACIÓN.

(i) El Representante legal de I.P.S GUAITARA contesta la tutela afirmando que la entidad a la fecha no ha sido intervenida, de ahí que no le asiste razón a la tutelante en efectuar tales afirmaciones.

Señaló que, la atención de la señora MELO GUEVARA, se efectuó en virtud de la afiliación de esta con la E.P.S. COMFAMILIAR, de ahí que una vez trasladados sus servicios a cargo de NUEVA E.PS. aquella debe acudir a la I.P.S Los Ángeles, pues con la actual empresa promotora que afilia a la accionante no tiene vinculo contractual, razón por la cual solicita su desvinculación de la presente acción.

(ii) La Secretaria de Salud Municipal de Ipiales, luego de extractar la normatividad aplicable en materia de afiliación, traslados y asignación de afiliados por retiro o liquidación voluntaria de una E.P.S., así como la competencia de dicha dependencia, refiere que la Caja de Compensación Familiar de Nariño contaba con 165.408 afiliados de los cuales 152.233 eran del régimen subsidiado y 13.175 del contributivo, los cuales fueron incluidos en una base de datos que se entregaría al Ministerio de Salud para que este proceda a la asignación de las nuevas empresas promotoras, quienes continuarían la prestación del servicio de salud, razón por la cual el tema resulta ser del resorte exclusivo de la mentada cartea ministerial.

(iii) La apoderada especial del Ministerio de Salud y Protección Social, relata in extenso la normatividad que regula la competencia en materia

de seguridad a dicha cartera ministerial, a la Superintendencia Nacional de Salud, a las entidades territoriales y a las empresas promotoras de salud, determina que en efecto luego del retiro voluntario de la Caja de Compensación Familiar de Nariño "COMFAMILIAR" como empresa promotora de salud en Nariño, la cual se ordenó mediante Resolución No 012754 del 6 de noviembre de 2020 y Resolución 6791 del 29 de junio de 2021, sus afiliados fueron asignados a la NUEVA E.P.S., proceso que se encuentra reglamentado mediante el Decreto 1424 de 2019, asegurando en todo caso se garantiza la continuidad del servicio de salud a quienes haya sido objeto de traslado.

En tal sentido, advierte que en caso de inconformidad como el que presenta la tutelante, aquella deberá estarse a lo regulado en el articulo 2.1.11.3 del Decreto 780 de 2016, en el que se otorga la posibilidad delibre escogencia de E.P.S. trascurridos 90 días calendario, desde que se haya efectuado su asignación, diligenciando el formulario el cual deberá presentar ante la EPS que elija o a través de la página www.miseguridadsocial.gov.co.

De otra parte, advierte que consultada la BDUA, se evidencia que la accionante se encuentra afiliada en el régimen contributivo a NUEVA E.P.S. con estado de afiliación "ACTIVO POR EMERGENCIA", desde el 13 de julio de 2021, lo que implica que se encuentre cobijada por el Decreto 538 de 12 de abril de 2020, pudiendo migrar a régimen subsidiado cuando finalice las circunstancias que dieron origen a tal prerrogativa o finalice la emergencia sanitaria, toda vez que a la fecha, las E.P.S. deben cubrir el pago de cotización, conforme a la norma en cita.

Por lo expuesto, considera de su parte, no ha existido vulneración de los derechos fundamentales alegados, mas aun cuando el Ministerio accionado no es el llamado a responder por las quejas de quien acciona.

(iv) La NUEVA EPS, a través de apoderada, registra la afiliación de la accionante a través del régimen contributivo, habilitados a partir del 13 de julio de 2021, para la prestación de los servicios de salud descritos en el plan obligatorio.

No obstante, menciona que respeta la libre escogencia de la EPS, razón por la cual, manifiesta que la afiliada deberá tramitar dicho traslado ante la E.P.S. de su preferencia, cumpliendo los requerimientos establecidos en

el articulo 2.1.7.2 del Decreto 780 de 2016, solicitando, por tanto, no conceder el amparo deprecado.

(v) La E.P.S. COMFAMILIAR DE NARIÑO pese a haber sido notificada en debida forma, guardo silencio.

VI. CONSIDERACIONES.

1. DE LA COMPETENCIA.

En primer lugar, debe decirse que el juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto establecidas en el Decreto 333 del 6 de abril de 2021.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La acción de tutela se instituyó en nuestro ordenamiento jurídico con la específica finalidad de otorgar a las personas la protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de autoridad pública, y también por los particulares por los mismos motivos. Pero en este último evento sólo en los casos taxativamente consagrados en la ley.

Según se desprende de la misma definición constitucional contenida en el artículo 86 superior, está establecida para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. De esta manera, el primer presupuesto de procedibilidad es que se haya interpuesto, en el caso concreto, para defensa de derechos que tengan esa categoría, salvo que se trate de prerrogativas de distinto rango, v.gr., las prestacionales, que en la oportunidad particular se encuentren inescindiblemente ligadas a otras de ese carácter.

3. FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD.-

Aunque inicialmente la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, estableció que la categoría fundamental del derecho a la salud se atendía cuando la salud estaba en conexidad con otros derechos reconocidos como tales, de manera muy

especial con el derecho a la vida, dicha posición la ha reevaluado, reconociéndole a este derecho su rango de fundamental *per se*.

Así, tal como fue desarrollado durante años por la Corte Constitucional, la fundamentalidad de la salud entró en vigencia a partir del 16 de febrero de 2015, al expedirse la Ley Estatutaria Nº 1751, la cual regula el derecho fundamental a la salud, bajo elementos tales como: Disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional.

Así mismo, fundamentó su legislación con base en principios como los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia, progresividad, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección, significando con ello el deber en cabeza del Estado, de garantizar el disfrute efectivo del mentado derecho fundamental, sin que le sea posible a las empresas o instituciones prestadoras de salud, negar los servicios requeridos, con excepción de los enlistados en el artículo 15 de la ley en cita.

Se obliga entonces, a que se presten los servicios de salud con calidad y eficiencia, oportunos, sin dilaciones injustificadas, sin limitaciones de tipo administrativo que se trasladen al usuario, un servicio integral en pro de la protección de la salud del usuario.

Lo anterior, bajo el entendido de que tal como lo dispone el artículo 26 de la prenombrada ley estatutaria, dicha normatividad rige a partir del 16 de febrero de 2015, derogando las normas que le sean contrarias.

4. PRINCIPIO DE LIBRE ESCOGENCIA:

Al respecto la Sentencia emitida por la Corte Constitucional T-089 de 2019 señaló:

"Este postulado responde a la garantía de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que consiste en elegir la entidad que les brindará dichos servicios de salud; esta directriz fue tratada inicialmente en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 45 del Decreto 806 de 1998. Posteriormente, el artículo 3.12 de la Ley 1438 de 2011 desarrolló este principio de la siguiente manera:

> *"el Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo".*

En la actualidad, el capítulo 7 del Decreto Único Reglamentario -780 de 2016- establece el propósito de este principio y prevé, por supuesto, las circunstancias excepcionales en las cuales el mismo podría encontrar limitaciones.

De otro lado, el artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y el Decreto 2553 de 2015, compilado en el citado Decreto 780 de 2016 definen y desarrollan la libre escogencia como principio, derecho y característica de las EPS.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional lo ha desarrollado de la siguiente manera:

> *"El principio de la libre escogencia se edifica a partir de la participación que se otorga a "diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios"*[1].

Adicionalmente, se ha establecido que este principio se relaciona con varios derechos fundamentales, entre ellos, *"la dignidad humana, en ejercicio de su autonomía de tomar las decisiones determinantes para su vida, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la seguridad social".*

En suma, el principio de libre escogencia consiste en permitir que las personas puedan desvincularse de aquellas EPS que no garantizan adecuadamente el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud y, a la vez, afiliarse a aquellas entidades que presten sus servicios."

1 Corte Constitucional. Sentencia T-089 de 2018

5. EL CASO CONCRETO.

La accionante considera que el Ministerio de Salud y Protección Social, LA EPS COMFAMILIARA DE NARIÑO y demás entidades vinculadas le han vulnerado sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida en condiciones dignas y libre escogencia, debido al traslado de su afiliación a salud a NUEVA E.P.S. quien en su sentir, presta sus servicios de manera deficiente a través de la I.P.S. GUAITARA, la cual afirma no puede prestar en la ciudad servicios de ecografías o controles especializados, necesarios por su estado de embarazo de 28.5 semanas, el cual ha sido catalogado de riesgo obstétrico bajo, debiendo posiblemente trasladarse para tales efectos a la ciudad de Pasto, asumiendo costos que no está en posibilidad de asumir, debido a que depende económicamente de sus padres, uno de los cuales padece epilepsia, lo que le impide trabajar.

Así, consideró que, a portas de la fecha de parto, ha quedado desprotegida en el sistema de seguridad en salud, colocando en riesgo su vida y la de su hijo que esta por naces, incoando se autorice el traslado inmediato a la empresa promotora de salud que sea de su elección, sin que se mencione alguna en particular.

Frente a tales pedimentos la I.P.S GUAITARA de manera fehaciente, arguye que la entidad no ha sido intervenida, pues su actuar se ajusta a los parámetros de prestación eficiente del servicio de salud, prestándolos a la tutelante en vigencia del contrato existente con COMFAMILIAR E.P.S., que no con NUEVA E.P.S., pues con esta última no tiene vinculación contractual alguna.

El Ministerio de Salud y Protección Social, por su parte afirmó que el proceso de traslado de los afiliados de COMFAMILIAR DE NARIÑO, se efectuó con respeto al Decreto 1424 de 2019, garantizando la continuidad del servicio a través de NUEVA E.P.S.

No obstante, se permitió relacionar la normatividad atinente a la libre escogencia de E.P.S., la cual podrá efectuarse en los términos del articulo 2.1.11.3 del Decreto 780 de 2016, en un plazo de 90 días calendario, siguientes a la fecha de traslado, para el caso 13 de julio de 2021.

Manifestó además que, según consta en la Base de Datos única de Afiliados – BDUA, la señora MELO GUEVARA se encuentra en estado de afiliación "ACTIVO POR EMERGENCIA" en el régimen contributivo, debido a que le cobija el Decreto 538 de 12 de abril de 2020, esto es, que el valor de la unidad por pago por capitación será cubierto por la E.P.S. hasta que desaparezca las condiciones de vulnerabilidad que habilitaron el estado, o finiquite el estado de emergencia sanitaria, caso en el cual podrá migrar al régimen subsidiado.

Por su parte la NUEVA E.P.S., se limitó a registrar expresamente la afiliación por traslado de la tutelante, bajo el respeto de la libre escogencia de empresa que a aquella le asiste, bajo el cumplimiento de los parámetros normativos que al respecto se han establecido.

Conforme a lo anterior, como problema jurídico, corresponde a este despacho determinar si las entidades accionadas, vulneraron los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida en condiciones dignas y libre escogencia, de los cuales es titular la accionante, debido al traslado de su afiliación a salud de COMFAMILIAR DE NARIÑO E.P.S. a la NUEVA E.P.S.

Pues bien, se parte de la certeza de la afiliación de la accionante al sistema general de seguridad social en salud, a través de la NUEVA E.P.S., de la cual no se avizora ni evidencia negativa alguna, que trunque los servicios médicos requeridos por la tutelante.

Es que, de la lectura minuciosa de la solicitud de protección constitucional, se tiene que la tutelante basó sus afirmaciones en conjeturas propias respecto de lo que denominó, una prestación deficiente del servicio de salud por parte de NUEVA E.P.S., quien en su sentir la atendería a través de la I.P.S. GUAITARA, de la cual afirma no cuenta con todos los servicios necesarios para los controles prenatales, en los que se encuentra abocada debido a su estado de embarazo.

Como puede observarse, basta con la revisión de la contestación de la I.P.S. vinculada, para determinar que a la fecha la tutelante no a accedido a los servicios que bien podría prestarle la NUEVA E.P.S.,

pues aquella no tiene vinculación contractual con la entidad que afilia a la solicitante.

Es más, resulta inocuo afincar su descontento por el traslado efectuado, basado en la atención que recibió por parte de la I.P.S. GUAITARA en vigencia del contrato con COMFAMILIAR DE NARIÑO, cuando tal malestar no fue anunciado con anterioridad en las 28.5 semanas de su estado de embarazo.

Evidenciado entonces, que la NUEVA E.P.S. no ha incurrido en negación en la prestación del servicio de salud para con la señora ERIKA ELIZABETH, mal podría decirse que aquella se encuentra desprotegida o su vida y la de su hijo que esta por nacer se encuentran en riesgo, desestimando por contera los cargos en este sentido alegados.

La postura descrita en antecedencia, cobra mayor relevancia, si se recuerda que a voces del Ministerio de Salud, a la señora MELO GUEVARA, le cobija el beneficio contemplado en el Decreto Legislativo 538 de 2020, esto es que su estado de afiliación se encuentra garantizado en el régimen contributivo hasta tanto dure la emergencia sanitaria, migrando de manera posterior al régimen subsidiado, pues entre tanto será la misma E.P.S, la que cubre el valor de la unidad de pago por capitación, se itera garantizando en todo caso la continuidad del servicio de salud del que aquella es titular.

Corolario de lo expuesto, habida cuenta de la garantía en la continuidad de la prestación de los servicios de salud, con respeto a la libre escogencia de E.P.S cuando las condiciones normativas se encuentren presentes y sin que exista prueba alguna de la negación de servicios o de una prestación de servicios en salud deficiente, no encuentra el despacho que a la accionante se le haya vulnerado o exista amenaza de vulneración de los derechos fundamentales deprecados, por lo que se denegará la protección constitucional incoada, efectuando los ordenamientos de rigor.

VI. D E C I S I O N.

Por lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO de Ipiales-Nariño, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

R E S U E L V E

1.- NEGAR, el amparo constitucional deprecado por ERIKA ELIZABETH MELO GUEVARA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión**.**

2.- NOTIFÍQUESE de esta decisión a las partes por el medio más expedito.

3.- CÚMPLASE con lo preceptuado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, esto es, que de no ser impugnado el fallo dentro del término legal, se enviará al día siguiente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

VÍCTOR HUGO RODRIGUEZ MORAN
JUEZ