



13-001-33-33-003-2019-00244-01

Cartagena de Indias, D. T. y C., dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
Radicado	13-001-33-33-003-2019-00244-01
Accionante	DIANORA PEREZ FIGUEROA
Accionado	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CARTAGENA – NUEVA EPS
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Seguridad Social - revocar

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada contra la sentencia de fecha catorce (14) de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, a través de la cual se amparó el derecho fundamental de Seguridad Social de la señora DIANORA PEREZ FIGUEROA.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

PRIMERO: La señora DIANORA PEREZ FIGUEROA es residente del Municipio de Arjona – Bolívar, tiene 49 años de edad y desde hace varios meses decidió acudir a valoración médica en su Promotora de Salud, las cuales fueron surtidas por las instituciones prestadoras de servicios a cargo de COMFAMILIAR EPS.

SEGUNDO: El 28 de febrero de 2019, se le ordenó Cita Abierta para Cirugía General, ordenada por el centro médico VIVA 1ª IPS, la cual no pudo ser surtida debido que, al realizar los trámites correspondientes, se le informó del traslado de EPS (Confamiliar EPS a Nueva EPS), traslado que, según aduce, no solicitó ni autorizó y que desconocía totalmente.

TERCERO: A través de solicitud de fecha 26 de septiembre de 2019, elevada por la Personería Municipal de Arjona ante Confamiliar EPS y





13-001-33-33-003-2019-00244-01

Nueva EPS, la accionante solicitó traslado a su EPS anterior (Confamiliar EPS), para continuar con el tratamiento que le había sido ordenado.

CUARTO: La Secretaría de Salud de Arjona (Bolívar), dio traslado de la misma a la accionada Nueva EPS, la cual en respuesta del día 9 de octubre de 2019, reitera el supuesto traslado, como también la supuesta solicitud de afiliación que la accionante habría firmado.

3.2. Pretensiones

Se señalan como pretensiones las siguientes:

PRIMERO: Se tutelen los derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, VIDA DIGNA e INTEGRIDAD, los cuales vienen siendo vulnerados por las entidades accionadas.

SEGUNDO: Que, en consecuencia, de lo anterior, se le ordene a NUEVA EPS para los trámites correspondientes de retiro y a COMFAMILIAR EPS nuevamente el trámite de afiliación.

3.3. Admisión y notificación.

La acción de tutela de la referencia, se presentó el día 29 de octubre de 2019, correspondiéndole su reparto al Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena y admitida mediante providencia de la misma fecha de presentación de la solicitud de amparo¹. Así mismo se ordenó notificar a las entidades accionadas COMFAMILIAR EPS y NUEVA EPS.

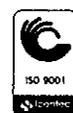
Mediante providencia de fecha 14 de noviembre de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena resolvió tutelar el derecho fundamental de Seguridad Social de la señora DIANORA PEREZ FIGUEROA².

3.4. De la contestación de la tutela.

- NUEVA EPS³

Mediante apoderado la entidad tutelada rindió informe adiado 1 de noviembre de 2019, manifestando que dicha entidad asume todos y cada uno

¹ F. 13
² F. 45-48
³ F. 15-20





13-001-33-33-003-2019-00244-01

de los servicios médicos requeridos por los usuarios desde el momento de su afiliación.

Indica que una vez verificado el sistema se constató que la señora Dianora Pérez, se encuentra afiliada a la entidad en el Régimen Subsidiado desde el 31/07/2019.

De igual manera se refiere a la solicitud de la actora, referente a su traslado a Comfamiliar EPS, manifestando que en cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo 415 de 2009, el proceso de traslado de las entidades promotoras de salud subsidiada, lo pueden realizar las personas que estando afiliadas a una EPS Subsidiada, deseen cambiarse a otra, con la condición de haber permanecido como mínimo durante un año en la EPS y que en dichos términos no es posible acceder a la solicitud de la interesada, toda vez que no ha cumplido con el término de permanencia mínimo.

- COMFAMILIAR EPS

No rindió informe dentro del presente asunto.

3.5. Sentencia impugnada⁴

A través de sentencia de fecha catorce (14) de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, se **amparó** el derecho fundamental de Seguridad Social de la señora Dianora Pérez Figueroa.

Advierte el A-quo que en materia de movilidad entre EPS opera el derecho a la libre escogencia consagrado en el artículo 2.1.7.1 del Decreto 780 de 2016, en virtud del cual en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la elección de EPS se hará directamente por el afiliado de manera libre y voluntaria, salvo casos excepcionales.

En el sub iudice, es necesario precisar que en el escrito de tutela la accionante realizó una negación indefinida relativa a que no solicitó ni autorizó el traslado de EPS del que fue objeto. Por consiguiente, se produjo un traslado de la carga probatoria, correspondiéndoles a las entidades accionadas, desvirtuar tal negativa aportando la prueba que acredite que la actora presentó solicitud de traslado de EPS o, en subsidio, que se configuró alguna causal extraordinaria que autorizara realizar el traslado de manera oficiosa.

⁴ Fl. 45-48





13-001-33-33-003-2019-00244-01

Así las cosas, se señala que Nueva EPS en el informe que rindió no adujo ni mucho menos demostró que ante ella se hubiera radicado petición de traslado presentada por la señora Dianora Pérez Figueroa, ni tampoco la ocurrencia de causal de traspaso extraordinario, mientras que Comfamiliar EPS no rindió informe en el sub judice.

En ese orden, encontrándose probado que la accionante no presentó solicitud de traslado de EPS, el A quo consideró la vulneración de la garantía del derecho fundamental de Seguridad Social, por lo que, ordenó adoptar las medidas necesarias para garantizar su protección, para lo cual se dispuso a las accionadas que dentro de un término no superior a diez días a la notificación de la sentencia, realicen y culminen los trámites y gestiones de traslado de la accionante desde la Nueva EPS a Comfamiliar EPS.

3.6. IMPUGNACIÓN⁵

La parte accionada Comfamiliar EPS, presentó escrito de impugnación contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2019, en el cual solicita que se revoque en su integridad el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena y en su lugar se nieguen las pretensiones por improcedentes.

La accionada, fundamenta su impugnación indicando que lo pretendido por la accionante no es posible, en virtud a que lo requerido y amparado bajo el fallo de tutela que se impugna, no es viable debido a que existe en estos momentos una medida de intervención total administrativa de la Caja de Compensación Familiar, Resolución 004702 de 26 de abril de 2019, dicha medida es impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud, donde una de sus consecuencias es la no afiliación de pacientes de la EPS de Comfamiliar, lo cual restringe a esta entidad poder afiliar pacientes y aceptar traslados.

III.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es competente este Tribunal para conocer de la presente acción.

1.2 PROBLEMA JURÍDICO

⁵ 56-57





13-001-33-33-003-2019-00244-01

Para resolver el *sub júde* la Corporación debe resolver el siguiente problema jurídico:

- ¿Vulneró COMFAMILIAR EPS y NUEVA EPS el derecho fundamental de Seguridad Social de la señora Dianora Pérez Figueroa, y con ello, los derechos a la Vida digna y a la Salud?

2. TESIS

La Sala considera que en el *sub júde* no existe violación de los derechos deprecados, debido a que a raíz de la medida de intervención total administrativa impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud, es posible que dicha entidad limite la capacidad de afiliación o de traslado de la EPS, caja de compensación u organización solidaria intervenida; u ordene traslados de afiliados de la entidad intervenida a otras promotoras de salud, sin necesidad de obtener la autorización del afiliado.

Por lo anterior, se revocará el fallo impugnado y en su lugar se negarán las pretensiones de la presente acción de tutela.

3. La Acción de Tutela. Su Naturaleza Jurídica

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela, como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

Requisitos de procedencia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.



13-001-33-33-003-2019-00244-01

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

*"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"*⁶.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la Acción.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.





Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

ACTIVA.

El sujeto legitimado en la causa para proponer la Acción de Tutela es el titular del Derecho vulnerado o amenazado, tal como lo dispone el inciso 1º del artículo 86 cuando ordena que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...).*

La interposición de la Acción de Tutela no requiere de la intervención de Abogado, sin embargo cuando el Actor a bien lo tenga podrá hacer uso de los profesionales del derecho. Aquellas personas que no puedan comparecer por sí mismas, por discapacidad o por falta de capacidad procesal, podrán hacerlo por conducto de representante.

En el sub iudice, existe legitimación por activa, pues el actor es el titular de los derechos reclamados.

PASIVA.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negritas fuera de texto)

Las accionadas, COMFAMILIAR EPS y NUEVA EPS, en principio se encuentran legitimadas como parte pasiva en la presente acción de tutela, dada su calidad de particulares encargados de la prestación del servicio público de salud. Por lo tanto, están legitimadas en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que la actora narra en su escrito de tutela.





13-001-33-33-003-2019-00244-01

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

4.1. De los derechos deprecados

4.1.1. Derecho a la seguridad social.

Respecto del derecho a la Seguridad Social, la H. Corte Constitucional⁷ ha señalado:

"La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable; y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva "de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales".

4.1.3. Derecho a la Salud.

El artículo 49 de la Constitución Política dispone que:

"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (...)"

Respecto del derecho a la salud la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-164/13. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





9

13-001-33-33-003-2019-00244-01

"el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera, ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda, ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando, en general, la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna"

Por otra parte, en sentencia T- 058 de 2011 señaló:

"No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, al menos por ahora, no es posible que todos los aspectos del derecho a la salud sean susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que "los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho.

En este orden de ideas, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela procede para amparar el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se "requieren con necesidad", es decir, la protección de la garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso efectivo a los "servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad"

De lo anterior se puede concluir que si bien la salud es un derecho fundamental, sólo se podrá acudir a su protección por vía de tutela, cuando se logre demostrar que la falta de reconocimiento de éste signifique a un mismo tiempo: a) lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; b) afectar a un sujeto de especial protección constitucional; c) poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

4.1.4. Derecho a la vida digna.





13-001-33-33-003-2019-00244-01

Respecto del derecho a la vida en condiciones dignas, la H. Corte Constitucional⁸ ha precisado:

"(...) el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insostenible. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados".

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos Probados

- Se encuentra acreditado que la señora DIANORA PEREZ FIGUEROA para el 28 de febrero de 2019 se encontraba afiliada en el régimen subsidiado de salud a COMFAMILIAR EPS, como consta en remisión médica que obra a folio 4.
- Se encuentra acreditado que desde el 31 de julio de 2019, la accionante aparece registrada como afiliada a la Nueva EPS en el Régimen Subsidiado, según consta en certificado allegado por esa entidad en su contestación. (Fl. 16).
- Se encuentra acreditado que mediante petición elevada ante NUEVA EPS por la accionante, se solicitó el retiro definitivo a dicha EPS a fin de reestablecer la vinculación o afiliación a Comfamiliar EPS, solicitud que según se informa en el escrito de tutela fue resuelta desfavorablemente.
- Se encuentra acreditado en el escrito de impugnación a folio 57, Resolución 004702 del 26 de abril de 2019 de la Superintendencia de Salud Nacional, por la cual se proroga el término de la medida preventiva de vigilancia especial al programa de la entidad promotora de salud de la Caja de Compensación Familiar de Cartagena y Bolívar "COMFAMILIAR".

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-164/13. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





Dentro del proceso de la referencia, se pretende la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida digna y al mínimo vital; los cuales considera la accionante vulnerados, al ser trasladada de su entidad prestadora de salud a otra sin su consentimiento.

El A quo, en sentencia del 14 de noviembre de 2019, concedió el amparo constitucional, al considerar la vulneración de la garantía del derecho fundamental de Seguridad Social, ya que las accionadas no acreditaron en el sub judice petición por parte de la accionante para ser trasladada, por lo que, ordenó adoptar las medidas necesarias para garantizar su protección, para lo cual se dispuso a las accionadas que dentro de un término no superior a diez días a la notificación de la sentencia, realicen y culminen los trámites y gestiones de traslado de la accionante desde la Nueva EPS a Comfamiliar EPS.

A su turno, la accionada Comfamiliar EPS impugnó la decisión manifestando que lo pretendido por la accionante no es posible, en virtud a que lo requerido y amparado bajo el fallo de tutela que se impugna, no es viable debido a que existe en estos momentos una medida de intervención total administrativa de la Caja de Compensación Familiar, Resolución 004702 de 26 de abril de 2019, dicha medida es impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud, donde una de sus consecuencias es la no afiliación de pacientes de la EPS de Comfamiliar, lo cual restringe a esta entidad poder afiliar pacientes y aceptar traslados.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

En primer lugar, precisa la Sala de conformidad con el numeral 3.12 del artículo 153 de la ley 100 de 1993, los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tienen libertad en la escogencia de la entidad promotora de salud a la cual afiliarse; al igual que la libertad para escoger la IPS, dentro de la red que haya sido contratada por la respectiva EPS.

Sobre este tema ha manifestado la Corte Constitucional:

"La libertad de escogencia es un principio rector y característica esencial del Sistema de Salud Colombiano, establecido en la Ley 100 de 1993 y desarrollado ampliamente por esta Corporación. El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 lo consagra como la facultad de escoger en cualquier momento la Entidad Promotora de Salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios (IPS) que pertenezcan a la red de las EPS, encargadas de prestar los servicios de salud. El principio de



13-001-33-33-003-2019-00244-01

*libertad de escogencia, característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, no es solo una garantía para los usuarios, sino que es un derecho que debe ser garantizado por el Estado y todos los integrantes del sistema. De tal modo que la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues, en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno."*⁹

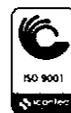
De lo anterior infiere la Sala, que por regla general los traslados de una EPS a otra, corresponden también a una decisión voluntaria o consentida por parte del afiliado, sin embargo, excepcionalmente, como consecuencia de medidas administrativas especiales o preventivas, como la toma de posesión o intervención forzosa administrativa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la libertad de escogencia puede ser restringida; por un lado por la limitación de la capacidad de afiliación, lo que implica que la entidad intervenida no podrá hacer nuevas afiliaciones o aceptar traslados; y por el otro la restricción se concreta en la facultad que le asiste a la Superintendencia de Salud de poder realizar traslados de la entidad intervenida a otra, sin necesidad de que medie el consentimiento del afiliado; tal como se desprende de los artículos 2.1.10.5.1, 2.1.10.5.2 y 2.1.10.5.3¹⁰ del Decreto 780 del 2016.

⁹ Sentencia T-745 del 23 de octubre de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ **ARTÍCULO 2.1.10.5.1. LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE AFILIACIÓN.** <Artículo adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> La Superintendencia Nacional de Salud podrá ordenar la limitación de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados, de las entidades promotoras de salud, organizaciones solidarias vigiladas por esa Superintendencia y cajas de compensación familiar, que operan en los regímenes contributivo y subsidiado, que han sido objeto de una o varias de las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión o de la intervención forzosa administrativa para administrar.

ARTÍCULO 2.1.10.5.2. EXCEPCIONES A LA RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD DE AFILIACIÓN. <Artículo adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> No habrá lugar a la aplicación de la limitación de la capacidad de afiliación cuando se trate de:

1. Beneficiarios que puedan integrar el mismo núcleo familiar.
2. Novedades de traslados cuya efectividad se produce con posterioridad a la notificación del acto administrativo que ordenó la medida de limitación de la capacidad de afiliación.
3. Cumplimiento de órdenes derivadas de fallos Judiciales.
4. Unificación del núcleo familiar, cuando los cónyuges o compañero(as) permanentes se encuentren afiliados en EPS diferentes; o cuando un beneficiario cambie su condición a la de cónyuge o compañero(a) permanente.
5. Afiliados adicionales que pueden ingresar a un núcleo familiar en calidad de tales.





13-001-33-33-003-2019-00244-01

Las anteriores restricciones excepcionales a la libertad de escogencia deben entenderse sin perjuicio de los derechos del afiliado; de tal manera que, en caso de traslado oficioso, la entidad receptora debe proporcionarle todos los servicios inherentes al derecho a la salud, dentro del marco de la integridad del dicho derecho.

En este orden, es necesario aclarar, que el hecho del traslado oficioso de una EPS a otra ordenado por la Superintendencia dentro del marco de una intervención administrativa por sí solo no implica vulneración del derecho fundamental alguno; pues se reitera el traslado sin el consentimiento del afiliado tiene fundamento en la ley.

Así las cosas, está acreditado en el sub iudice que la caja de compensación Comfamiliar es objeto de la medida preventiva de vigilancia especial ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 002258 del 4 de agosto de 2016 y que dicha medida fue prorrogada mediante Resolución 004702 del 2019 (FI 57).

En este orden, teniendo en cuenta lo expuesto ut supra, existe restricción en la capacidad de afiliación por parte de Comfamiliar EPS; de tal manera de que conforme a los artículos 2.1.10.5.1 y siguientes del Decreto 780 de 2016, dicha Caja de Compensación no puede realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados, y sus afiliados pueden ser trasladados por la Supersalud a otras empresas promotoras de salud sin contar con su autorización o consentimiento.

En este sentido, se advierte que en el sub iudice la solicitante soporta la supuesta violación de sus derechos, sólo en el hecho del traslado inconsulto; lo

ARTÍCULO 2.1.10.5.3. PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD POR EFECTO DE LA APLICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE AFILIACIÓN. <Artículo adicionado por

el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la entidad objeto de la medida de limitación de la capacidad de afiliación sea la única que se encuentre operando el Régimen Contributivo o Subsidiado en un municipio, la Superintendencia Nacional de Salud invitará a las entidades que operan el mismo régimen en el respectivo departamento o, en su defecto, en los departamentos circunvecinos para que manifiesten su voluntad de recibir los afiliados.

La Superintendencia Nacional de Salud designará, mediante acto administrativo, a aquella entidad promotora de salud que cuente con el mayor número de afiliados de aquellas que hayan expresado su voluntad de recibirlos.

En el evento de que ninguna entidad manifieste su voluntad de recibir los afiliados, la Superintendencia Nacional de Salud definirá, mediante acto administrativo, la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados.

El procedimiento y términos para el cumplimiento del presente artículo serán definidos por la Superintendencia Nacional de Salud. En todo caso, para los efectos previstos en el presente artículo, la medida de limitación de la capacidad de afiliación, solo podrá ser efectiva una vez haya sido definida por la Superintendencia Nacional de Salud la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados.





13-001-33-33-003-2019-00244-01

cual reitera la sala, per sé, en el marco de una intervención administrativa por parte de la Supersalud no implica violación de derecho fundamental alguno; de tal suerte que resulta necesario acreditar la acción u omisión que de manera concreta afecte el derecho fundamental correspondiente; lo cual no ocurre en el sub lite.

Se observa a folio 17, certificación expedida por la Nueva EPS en la que aparece la accionante con afiliación activa en el régimen subsidiado; al tiempo que no milita prueba alguna acerca de la negativa por parte de la Nueva EPS en la prestación en los servicios de salud de la accionante.

Por las anteriores consideraciones, se revocará el fallo impugnado y en su lugar se negará el amparo constitucional deprecado; no obstante, lo anterior se conminará a la Nueva EPS para que preste de manera oportuna y eficiente los servicios de salud que requería la accionante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena del 14 de noviembre de 2019, y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la presente acción de tutela.

SEGUNDO: CONMINAR a la Nueva EPS para que preste de manera oportuna y eficiente los servicios de salud que requería la accionante.

TERCERO: REMITIR por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

