

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 017

Santiago de Cali, febrero diecinueve (19) de dos mil diecinueve (2019).

Acción	Tutela
Radicación	76-001-33 33-005-2019-00017-00
Actor	IRMA YELA LASO Agente Oficiosa de la señora CLARA GOMEZ DE YELA
Accionado	NUEVA EPS
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

El Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sede de jurisdicción constitucional, decide la acción de tutela instaurada por la señora IRMA YELA LASO Agente Oficiosa de la señora CLARA GOMEZ DE YELA, en contra de LA NUEVA EPS, según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política.

La solicitud de amparo se basó en los siguientes,

1. HECHOS

1.1.- Expone el accionante que su abuela la señora CLARA GÓMEZ DE YELA, cuenta con 90 años de edad y es pensionada por el Fondo de Pensiones Públicas FOPEP, mediante Resolución UGM 044169 del 27 de abril de 2012.

1.2.- Informa que a la fecha la señora GÓMEZ DE YELA no cuenta con servicio de salud, al acudir al FOPEP, se le informa que los aportes a salud se están realizando al FOSYGA.

1.3.- Indica que la accionante se encuentra radicada en la ciudad de Cali y que en diferentes oportunidades se han dirigido a la NUEVA EPS, a in de que se realice la afiliación, pero la entidad se niega manifestando que primero FOPEP debe realizar el pago para proceder ellos a afiliarla.

1-4.- Manifiesta que la señora GÓMEZ DE YELA se encuentra en delicado estado de salud debido a avanzada edad y requiere con urgencia, la afiliación a la NUEVA EPS, a fin de que

se le preste una atención en salud oportuna y prioritaria, en aras de que se le realicen los tratamientos que se necesiten.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

El accionante considera que le están violado los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas vida, salud, seguridad social, dignidad humana y debido proceso.

3. PRETENSIONES

Solicita se amparen de manera integral, los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora CLARA GÓMEZ DE YELA y en consecuencia se ordene a la NUEVA EPS que en el término de 48 horas, proceda a la afiliación y valoración médica interdisciplinaria, a fin de que se le preste una atención en salud oportuna u prioritaria.

4. SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: señora CLARA GÓMEZ DE YELA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 27.119.588, quien actúa a través de la agente oficiosa señora IRMA YELA LASO.

Entidades Accionadas: NUEVA EPS.

5. TRÁMITE PROCESAL

Mediante escrito radicado en la Secretaría de éste Despacho con fecha febrero 06 del año en curso, se instauró la presente acción de tutela; fecha en la que igualmente por auto interlocutorio No. 037 se avocó su conocimiento, se ordenó vincular al FOPEP, la MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD; además se dispuso correr traslado de la misma a los entes accionados por el término de dos días, para que ejercieran el derecho de defensa y contradicción, si a bien lo tuvieran. Las notificaciones respectivas se produjeron según consta en oficios visibles a folios 19 al 32 del expediente.

6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1.- CONSORCIO FOPEP-2015, manifiesta que el Consorcio FOPEP 2015 como actual administrador del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP, cumple una función exclusiva de pagador, por lo que realiza los descuentos sobre las mesadas de los pensionados por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social, con el fin de ponerlos a disposición de la EPS en la que aparezca registrados los pensionados en la Base de Datos Única de Afiliados BDUA del Sistema General de Seguridad Social en Salud – BDUA – SGSS.

Informa que revisada la nómina del FOPEP se estableció que UGPP reporto a la señora Clara Gómez de Yela, como pensionada de CAJANAL desde septiembre de 2012, con pensión de sustitución nacional e indicó que los aportes a salud debían ser girados al FOSYGA (ahora ADRES), lo anterior, debido a que en la base de datos de la accionante no registra una EPS, se procedió a revisar el BDUA, donde se evidenció que la señora CLARA GÓMEZ DE YELA se encuentra retirada del régimen subsidiado desde el 01 de enero de 2014.

Sin embargo, argumenta que el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispuso las personas obligadas a afiliarse al régimen contributivo como cotizantes, así como el Decreto 780 de 2016 en su artículo 2.1.4.1.

Indica que desde el momento en que el accionante adquirió la calidad de pensionada, se encontraba en la obligación de realizar la respectiva afiliación a la EPS que escogiera, conforme el artículo 2.1.7.1 del Decreto 780 de 2016.

Aduce que no de efectuar la gestión correspondiente, este pagador remitió los aportes al ADRES, debido a que en el BDUA la señora CLARA GÓMEZ, no registraba una afiliación activa a ninguna EPS. Por lo anterior, hasta que el accionante no realice la respectiva afiliación ante una EPS y esta reporte de forma oportuna al BDUA la novedad, conforme al numeral 7 del artículo 2.1.11.7 del Decreto 780 del 2016, este pagador no podrá girar los aportes a la NUEVA EPS.

Conforme a lo anterior, solicita negar la acción de tutela en contra del CONSORCIO FOPEP 2015, o desvincularlo por no existir vulneración de los derechos fundamentales de la señora CLARA GÓMEZ.

6.2.- NUEVA EPS, solicita la Despacho se Declare improcedente y se absuelva a la NUEVA EPS, en la presente acción constitucional, toda vez que no se evidencia que se haya vulnerado, ni está vulnerando los derechos fundamentales de la accionante.

Indica que una vez revisado el caso y validada la información en el sistema, informan que a la fecha no se registra soportes de radicación que permita realizar la afiliación a la usuaria CLARA GÓMEZ DE YELA identificada con la cédula de ciudadanía No. 27.119.588, por tal motivo no se registra en la base de datos de la NUEVA EPS

Dice que de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2353 de 2015, debe de radicar formulario único de afiliación en la oficina de atención al usuario más cercana a su residencia, junto con la copia del documento de identificación, resolución de pensión, el cual una vez radicado iniciará el proceso de afiliación el tramitará el traslado ante las entidades involucradas ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD DE NARIÑO-EMSSANAR E.S.S.

Así mismo, indica que el ente pensionador puede realizar la afiliación del usuario de acuerdo al decreto 780 de 2016, ya que si el usuario pensionado no aparece inscrito en laguna EPS o afiliado a un régimen exceptuado especial y dentro de la ejecutoria del acto de reconocimiento de a pensión, al efectuar la inscripción, registrar tal circunstancia y el Sistema de afiliación transacción asignará la EPS en la cual quedara inscrito como mínimo por el termino de tres (3) meses.

6.3.- MINISTERIO DE TRABAJO, indica que existe falta de legitimación por pasiva, pues no tiene competencia para intervenir ante las afiliaciones referente en la nómina de los pensionados asumidos por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPEIAL DE GESTIÓN PENSIONAL y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP", pues esta es una empresa de orden nacional adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel nacional FOPEP, son administrados a través de encargo fiduciario, hoy por el Consorcio FOPEP-2015 según contrato 0296 de diciembre 01 de 2015 celebrado con el Ministerio de Trabajo.

Dice que la función del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Central, administrado hoy por el Consorcio FOPEP 2015, corresponde a la de mero pagador de las pensiones reconocidas por los fondos asumidos en el pago.

Sobre el caso en concreto, transcribe lo manifestado por el CONSORCIO FOPEP 2015 e indica que le corresponde a la señora CLARÁ GÓMEZ DE YELA, afiliarse a la EPS de sus elección (NUEVA EPS), así la EPS hace reporte a la Base de Datos Unica de Afiliación "BDUA" en el proceso de pago de la nómina de pensionados, el FOPEP actualiza el sistema y descuento por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, automáticamente se direcciona a la EPS elegida por el accionante.

6.4.- El MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD no dieron respuesta a la presente acción de tutela.

7. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

7.1. Competencia

Este Despacho judicial es competente para conocer de la presente acción de Tutela, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con artículo 1º numeral 1º inciso 3º del Decreto 1382 de 2000.

7.2. Acción de tutela – Marco general

La tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por medio de la cual es posible ejercer el control judicial de los actos u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Este mecanismo fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, según el cual toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá

“en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

Según el texto constitucional, para que el amparo proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable¹.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria² y no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

7.3. Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela:

Ahora bien, los presupuestos para que proceda la acción de tutela son tres:

7.3.1 Que se esté ante la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en este evento en los casos señalados en la Ley.

7.3.2. Es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y,

7.3.3. Que en caso que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela se interponga como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable.

8. Problema Jurídico

Debe el Despacho determinar, si las entidades accionadas están vulnerando el derecho fundamental a la salud y a la vida de la accionante al no realizar su afiliación

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

a la NUEVA EPS en calidad de cotizante, teniendo en cuenta que sus aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud están siendo remitidos al ADRES, debido a que hasta el 08/01/2014 la accionante estuvo afiliada a EMSSANAR E.S.S.

A efectos de resolver el problema jurídico atrás planteado, entrará el despacho a definir:

(i) Procedencia de la acción de tutela para amparar derechos de sujetos de especial protección constitucional, (ii) La libertad de escogencia del sistema de salud, (iii) Del derecho a la salud y la continuidad en su prestación. (iv) Se analizará el caso en concreto.

9.- Procedencia de la acción de tutela para amparar derechos de sujetos de especial protección constitucional.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional plasmó las siguientes consideraciones³:

“3.1. El artículo 86º superior consagra que cuando se encuentre amenazado un derecho fundamental, la acción de tutela procede como medio de defensa judicial para su protección inmediata, respecto de cualquier acción u omisión que provenga ya sea de una autoridad pública o de un particular[23]. No obstante, de manera previa el juez de tutela tiene la tarea de evaluar si es procedente el amparo. Así, en caso de no disponer de un medio de defensa idóneo la tutela será viable de manera definitiva, y en caso de que se busque prevenir un perjuicio irremediable la acción procederá como mecanismo transitorio[24].

3.2. Asimismo, este tribunal ha considerado que la acción de tutela es procedente aún ante la presencia de un mecanismo ordinario de defensa, cuando:

“(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) aún cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela[25] (Subrayado fuera del texto original).

3.3. En el primero de estos eventos debe observarse a la hora de evaluarse los medios idóneos o eficaces que el requisito de subsidiariedad está encaminado a restringir el uso de la acción de tutela como mecanismo principal, en la medida que el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Estatutario 2591 de 1991 dispone la improcedencia cuando existan otros medios de defensa judiciales, salvo se advierta la falta de eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante. De igual modo, el artículo 9º establece que el agotamiento de la vía gubernativa no impide la posibilidad de acudir de manera directa.

En desarrollo de la norma citada, esta Corporación decantó en la sentencia SU-377 de 2014 que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia, sino que el juez debe evaluar la posible eficacia de protección del instrumento ordinario en las circunstancias específicas del caso examinado[26].

3.4. En segundo lugar, conviene precisar que la configuración de un perjuicio irremediable debe ser analizada dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, de manera

³ Corte Constitucional, Sentencia Sentencia T-252/17 del veintiséis (26) de abril dos mil diecisiete (2017)). M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

análoga a como ocurre cuando existen otros mecanismos judiciales de defensa. Se trata de una regla general que se explica en sí misma, por cuanto, como fue señalado, no todo daño se convierte autónomamente en irreparable.

Sin embargo, algunos grupos con características particulares pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aun cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable sí lo son para ellos, puesto que por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un "tratamiento diferencial positivo"^[27], y que amplía a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela.

Al respecto, esta Corporación en la Tutela T-1316 de 2001 señaló que:

"(...) tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto. Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos."

De cualquier manera, los criterios que definen si un perjuicio es irremediable o no deben guardar estrecha relación con los aspectos sustanciales por los cuales se les concede genéricamente esa especial protección. En otras palabras, no todos los daños constituyen un perjuicio irremediable por el simple hecho de tratarse de sujetos de trato preferencial.

3.5. En lo referido a que el accionante sea un sujeto de especial protección, la Corte ha estimado que en virtud de la necesidad de garantizar el amparo constitucional reforzado de que gozan dichos sujetos, y con el objeto de admitir la viabilidad y prosperidad de la acción, "el juez de tutela debe considerar con particular atención las circunstancias de debilidad manifiesta e indefensión en las que se encuentra el titular de los derechos invocados"^[28].

3.6. Ahora bien, conforme a la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación los adultos mayores hacen parte de la categoría de sujetos especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico. Lo anterior, en razón a su edad y las debilidades que el avance de esta última genera en la realización de ciertas funciones y actividades. Estas características pueden motivar situaciones de exclusión social que repercuten negativamente en el acceso a oportunidades de orden económico, social y cultural, lo que justifica una diferenciación positiva para suprimir las barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan. La supresión de dichas barreras no se limita al derecho sustancial, sino que también se aprecia en los mecanismos del derecho procesal que deben ser abiertos y buscar la protección de los derechos de los adultos mayores.

En ese sentido, para establecer en mejor forma la procedencia de la presente acción será necesario revisar la relación de los adultos mayores con algunos de sus derechos constitucionales"

De lo anterior se colige, que quien acuda a la acción de tutela no puede tener otro mecanismo para acceder a lo pretendido, pues tornaría improcedente su actuar, por cuanto este tipo de acciones son de carácter residual y subsidiario, no obstante, la acción será procedente si el actor acredita haberla interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa, este sea ineficaz para proteger los derechos fundamentales conculcados, máxime cuando el accionante es un sujeto de protección constitucional.

9.1 La libertad de escogencia del sistema de salud.

Sobre la libertad de escogencia del Sistema de Salud, la Corte Constitucional en sentencia reciente, ha manifestado⁴:

"30. El Libro Segundo, Título II, de La Ley 100 de 1993 regula, entre otras cuestiones, la organización del SGSSS. Su artículo 201 reconoce que en el SGSSS coexisten, articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud⁵ y un régimen de subsidios en salud⁶, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías - FOSYGA -⁷. Su artículo 279 reconoce, además, algunas excepciones frente a la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, dentro de las que se encuentra el caso de las personas afiliadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 del año 1989⁸. Se precisa, además, que esta excepción al régimen general fue declarada exequible mediante la sentencia C-461 de 1995, con fundamento en las siguientes consideraciones:

(...)

*32. Con fundamento en el numeral 4 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 3.12 de la Ley 1438 de 2011, **los usuarios son libres para escoger la EPS a que desean afiliarse, así como la Institución Prestadora de Servicios de Salud -IPS- dentro de la respectiva red. Esta Corporación Judicial⁹, por su parte, ha dicho que la libertad de escogencia es uno de los principios rectores del SGSSS y, además, una manifestación de 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"**¹⁰. La Corte también ha reconocido que la libertad de escogencia no es un derecho absoluto¹¹, debido a que tiene limitaciones de origen contractual¹² y legal".*

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que efectivamente los usuarios son libres para escoger la EPS a que desean afiliarse y que dicha libertad de escogencia es uno de los principios rectores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

9.2. Del derecho a la salud y la continuidad en su prestación

Sobre el tema la Corte Constitucional ha reiterado¹³:

"3.5.1. La Constitución Política en el artículo 49 establece el carácter dual de derecho y servicio público de la salud, garantizando a todas las personas el acceso a su promoción, prevención y recuperación; y endilgando al Estado la obligación de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de dicho servicio.

Por virtud de dicha dualidad, la salud adquiere características distintas frente a los dos escenarios en los cuales se desarrolla. Así, al tratarse de un derecho, el mismo deberá garantizarse de manera oportuna[27], eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad e integralidad[28]; y en lo que respecta a su rol de servicio público, éste deberá regirse por los tres principios establecidos por la Constitución (CP

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-448/17 del 14 de julio del año dos mil diecisiete (2017). M.P. CARLOS BERNAL PULIDO.

⁵ Regulado en el Libro Segundo, Título III, Capítulo I de la Ley 100 de 1993 y otras normas concordantes.

⁶ Regulado en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II de la Ley 100 de 1993 y otras normas concordantes.

⁷ Regulado en el Libro Segundo, Título III, Capítulo III de la Ley 100 de 1993 y otras normas concordantes.

⁸ "Artículo 279. Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. || Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. || [...]".

⁹ Sentencia T-770 de 2011.

¹⁰ Sentencias T-126 de 2010 y T-423 de 2007.

¹¹ Sentencia T-519 de 2014.

¹² Frente al particular ver, entre otras, la sentencia T-318 de 2015.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-505/15 del diez (10) de agosto de dos mil quince (2015), M P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ.

art. 48), a saber: eficiencia, universalidad y solidaridad. Estos últimos son desarrollados por la Ley 1751 de 2015 en la que además se adiciona el principio de integralidad[29].

3.5.2. Paralelo a lo anterior, cabe anotar que en la jurisprudencia la salud como derecho ha sido tratada de distintas maneras. En principio, se le atribuyó un carácter prestacional, en virtud del cual se podía invocar su protección por vía de tutela sólo en el caso de que se estuviese vulnerando un derecho fundamental. Esta doctrina fue conocida como la teoría de la conexidad, a partir de la cual debía probarse que el desconocimiento del derecho aludido incidía directamente en una garantía iusfundamental.

Sin embargo, en años recientes, la salud ha sido categorizada como un derecho fundamental, al considerar que contribuye –desde una perspectiva subjetiva– a la realización de las funciones y actividades propias del ser humano, lo que genera a su vez mayores probabilidades de alcanzar un proyecto de vida, como garantía directamente vinculada con los derechos de libertad. En este orden de ideas, en una de las sentencias más importantes sobre el tema, se señaló que:

“Así pues, considerando que ‘son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo’, la Corte señaló en la Sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.”[30]

Este reconocimiento del carácter iusfundamental del derecho a la salud también fue adoptado por el legislador en la citada Ley 1751 de 2015, en la que se regula su marco genérico de protección. Sobre el particular, se dispone que:

“Artículo 2. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

3.5.3. Como se deriva de la norma transcrita, la garantía del derecho a la salud no se circunscribe a la existencia de un plan específico de coberturas que brinde acceso a medidas de promoción, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de las personas, sino que también exige que su prestación se haga de manera “oportuna, eficaz y con calidad”, de conformidad con los principios de continuidad e integralidad.

Precisamente, en lo que hace referencia al principio de continuidad, el literal d) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, dispone que: “Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”.

Entre los argumentos que desde el punto de vista constitucional justifican la continuidad en la prestación de este servicio, se encuentra el respeto al principio de la buena fe (CP art. 83). Sobre el particular, la Corte ha dicho que el citado mandato sirve de fundamento a la confianza legítima, por virtud de la cual una persona tiene una expectativa válida y exigible de que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado[31].

Por ello, este Tribunal ha dicho que el principio de continuidad opera como un auténtico derecho constitucional, cuya protección refuerza la satisfacción en el acceso a los servicios de salud, como ya se dijo, en términos de oportunidad, eficacia y calidad. Sobre el particular, en la Sentencia T-760 de 2008[32], se indicó que:

“Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado.[33] Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente. (...)

El derecho constitucional de toda persona a acceder, con continuidad, a los servicios de salud que una persona requiere, no sólo protege el derecho a mantener el servicio, también garantiza las condiciones de calidad en las que se accede al mismo[34].

De esta manera, la continuidad como derecho y principio a la luz del cual se debe prestar el servicio de salud, se traduce en las siguientes reglas: En primer lugar, las entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio no pueden realizar actuaciones u omitir el cumplimiento de sus obligaciones, cuando ellas conduzcan a la interrupción injustificada de los tratamientos que reciben sus usuarios; y en segundo lugar, los conflictos administrativos, económicos o contractuales que se presenten entre entidades, o en su interior, no pueden constituir una justa causa para impedir que los afiliados o beneficiarios obtengan y finalicen los procedimientos que ya han sido iniciados[35].

3.5.4. Como consecuencia de lo expuesto, por una parte, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que en el caso de que existan razones válidas para que se pueda desafiliar o retirar a una persona del régimen contributivo o subsidiado de salud, ya sea por una EPS o por una entidad territorial, es necesario que de forma previa se agote una actuación rodeada de las garantías del debido proceso, con miras a que el eventual afectado pueda ejercer sus derechos de defensa y contradicción[36]. En este sentido, en la Sentencia T-750 de 2014[37], se expuso que:

"(...) cuando una persona ingresa al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en principio, debe permanecer en él. No obstante, de manera excepcional es posible desafiliar a los usuarios del sistema, cuando se acredite alguna de las causales previstas en la ley y siempre bajo la garantía de los derechos fundamentales[38]. En esa medida, la decisión de las entidades promotoras de salud de suspender el servicio o desafiliar al usuario no puede adoptarse de manera unilateral o arbitraria[39] y "antes de desafiliar a un usuario del sistema de salud, deben agotar previamente el debido proceso, es decir, informar al afiliado sobre las razones de la desvinculación y permitirle su contradicción"[40].

En otras palabras, entiende la Sala de Revisión que las EPS deben garantizar el derecho al debido proceso al momento de proceder con la desafiliación de los usuarios del sistema, 'aun cuando considere que un afiliado está incurso en alguna de las causales para suspender el servicio, casos en los cuales deberá informarle de las razones o motivos de la desvinculación y permitirle su contradicción'[41]. (...)"

3.5.5. Y, por la otra, la jurisprudencia también ha señalado que, aún en el caso de que existan razones válidas para desafiliar a una persona, la sujeción al citado principio de continuidad impide que una EPS pueda suspender o interrumpir un tratamiento que se encuentra en curso y cuya prestación sea necesaria para salvaguardar la vida o la integridad de un paciente, entre otras, por las siguientes razones:

"(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos:[42] (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo:[43] (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario[44]; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado:[45] (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad:[46] o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.[47]"[48]

Con base en la jurisprudencia reseñada, la Corte ha considerado que las EPS que se encuentren proporcionando un determinado tratamiento médico a un paciente deben garantizar su culminación[49]. Así las cosas, dichas entidades únicamente pueden sustraerse al cumplimiento de la aludida obligación, cuando: (i) el servicio médico que se viene suministrando haya sido asumido y prestado de manera efectiva por una nueva entidad o; (ii) la persona recupere el estado de salud respecto de la enfermedad por la cual se le venía tratando[50].

A esta misma conclusión arribó este Tribunal cuando conoció el caso de una señora a quien una EPS del régimen subsidiado le negó continuar con un tratamiento médico, con fundamento en la decisión de la entidad territorial de retirarla de la Base de Datos Única de Afiliados, por un cambio en la encuesta del SISBEN. Así, se dijo que:

"Conforme a lo expuesto es indudable que, suspender de manera abrupta un tratamiento ante la circunstancia en la que la persona pierde su calidad de afiliada a una determinada

EPS por razones ajenas a su voluntad, resulta violatorio de los derechos fundamentales de la misma. Cuando una EPS ha iniciado la prestación de un servicio o tratamiento debe continuar con el mismo hasta tanto la persona afectada logre afiliarse nuevamente, bien sea al régimen contributivo o al subsidiado"[51]

3.5.6. En conclusión, como consecuencia del principio de continuidad, en caso de que deba desafiliarse a una persona del régimen contributivo o cuando deba retirarse a alguien como beneficiario del régimen subsidiado, además de garantizar su derecho al debido proceso, es obligación de las EPS continuar prestando de forma ininterrumpida y con carácter integral los tratamientos médicos que se encuentran en curso, cuando de ellos dependen la vida o la integridad de los usuarios. Dicho deber continuará hasta que la persona se afilie a una nueva entidad del régimen contributivo o subsidiado, o cuando se presente una recuperación en el estado de salud respecto de la enfermedad por la cual se le venía tratando.

Por lo demás, el citado principio de continuidad guarda una relación estrecha con el denominado principio de integralidad, el cual se traduce en que las personas deben recibir todos los servicios que el médico tratante valore como necesarios para prevenir, paliar o curar una enfermedad, con independencia de su origen, acorde con el régimen de coberturas[52], o incluso por fuera del mismo, siempre que se acrediten los requisitos que para su reconocimiento se han previsto en la jurisprudencia constitucional[53]. Una de las expresiones de este principio, como se indica en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, es que "no podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario", lo que aboga por la continuidad en el tratamiento, en los términos previamente expuestos"

10.- Caso Concreto

Descendiendo al estudio del caso concreto, se establece de acuerdo al acervo probatorio¹⁴ que la accionante señora CLARA GÓMEZ DE YELA, se 90 años de edad y de conformidad con lo manifestado en el escrito de tutela, se encuentra en delicado estado de salud, debido a su avanzada edad, motivo por el cual se encuentra representada en este trámite por su nieta como su agente oficiosa.

Coinciden las partes, al indicar que la señora CLARA GÓMEZ DE YELA es pensionada de CAJANAL mediante Resolución No. UGM 044169 de abril 27 de 2012, pensión de sobreviviente que le fue reconocida con ocasión al fallecimiento de su esposo CLIMACO YELA CHAVES, la cual es pagada por el Consorcio FOPEP¹⁵.

Así mismo, se observa que la accionante estuvo afiliada al Régimen Subsidiado, a través de EMSSANAR E.S.S. desde el 01/10/2011 hasta el 08/01/2014¹⁶

Debido a lo anterior, el CONSORCIO FOPEP 2015, actuando como pagador de la pensión de la accionante y por información de la UGPP, ha venido girando los aportes a salud al FOSYGA (ahora ADRES).

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo manifestado por la agente oficiosa en el escrito

¹⁴ Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Clara Gómez de Yela visible a folio 7 del expediente.

¹⁵ Folios 8 al 10 de expediente

¹⁶ Folio 13

de tutela y vía telefónica¹⁷; la señora CLARA GÓMEZ DE YELA no tenía servicio de salud desde el año 2014, y debido a que actualmente se encuentra radicada en la ciudad de Cali, solicitó a la NUEVA EPS la afiliará como cotizante, entidad que se negó, argumentando que para diligenciar el formato único de afiliación, los aportes a la salud debían ser girados a nombre de esta EPS y no del FOSYGA.

En vista de lo anterior, es claro para este Despacho la vulneración por parte de la NUEVA EPS a los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la accionante, pues se trata de un sujeto de especial protección constitucional y por lo tanto su situación requiere de particular consideración por parte de este juzgador; pues aunque el apoderado de la NUEVA EPS, indique que en la base de datos de esta entidad no reposan soportes de afiliación a nombre de la señora CLARA GÓMEZ DE YELA, es claro para esta instancia, que es así debido a la negativa por su parte de permitirle diligenciar el formato de afiliación, aduciendo que primero el FOPEP debe girar los aportes de salud a esa entidad.

Por otra parte, es claro que de conformidad con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, por ser la accionante pensionada, está obligada a afiliarse al régimen contributivo como cotizante, obligación que a la fecha no se ha cumplido y que una vez la accionante se presentó a realizar la gestión correspondiente ante la NUEVA EPS esta se niega sin un argumento legal, pues de conformidad con el artículo 2.1.7.1 del decreto 780 de 2016, los usuarios tienen libre escogencia de la EPS y los *aportes se girarán una vez se realice la respectiva afiliación y se reporte de forma oportuna a la Base de Datos Única de Afiliación "BDUA" la novedad*¹⁸

Así mismo, observa el Despacho a folio 36 del expediente, que la NUEVA EPS indicó que para adelantar una afiliación deberá *"radicar formulario único de afiliación en la oficina de atención al usuario más cercana a su residencia, junto con la copia del documento de identificación, resolución de pensión, el cual una vez radicado iniciará el proceso de afiliación el tramitará el traslado ante las entidades involucradas ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD DE NARIÑO-EMSSANAR E.S.S."* por lo anterior se **EXHORTARÁ** a la señora CLARA GÓMEZ DE YELA para que preste la colaboración que sea requerida por la NUEVA EPS cumpliendo con los citados documentos, siempre que los requerimientos se compadezcan con su estado de salud y sus limitaciones físicas o se presenten las ayudas y apoyos necesarios para hacerlo.

¹⁷ Folio 1 y 50 del expediente.

¹⁸ Folio 34 – contestación Consorcio FOPEP 2015.

En consecuencia de lo anterior, se tutelarán los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la accionante señora CLARA GÓMEZ DE YELA, y se ordenará a la NUEVA EPS que una vez la usuaria presente los documentos a que se refirió el párrafo anterior, SIN DILACIONES, proceda de inmediato a realizar la afiliación de la actora y se proceda a reportar de forma oportuna a la Base de Datos Única de Afiliación "BDUA" la novedad; una vez realizada la afiliación, deberá prestar los servicios médicos que requiera la accionante, ya que se trata de un adulto mayor que requiere especial protección constitucional.

Así mismo, se ordenará al CONSORCIO FOPEP 2015, para que una vez se reporte la novedad al BDUA se giren los aportes a salud a la NUEVA EPS.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental al a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la accionante señora CLARA GÓMEZ DE YELA identificada con la cédula de ciudadanía No. 27.119.588 de Arboleda Nariño, quien se encuentra representada por la agente oficiosa señora IRMA YELA LASO identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.835.104 de Buesaco-Nariño.

SEGUNDO.- ORDENAR a la NUEVA EPS que una vez la usuaria presente los documentos (*formulario único de afiliación, copia del documento de identificación, resolución de pensión*) proceda de inmediato y sin más dilaciones injustificadas, a realizar la afiliación de la actora CLARA GÓMEZ DE YELA identificada con la cédula de ciudadanía No. 27.119.588 de Arboleda Nariño y se proceda a reportar de forma oportuna a la Base de Datos Única de Afiliación "BDUA" la novedad; una vez realizada la afiliación, deberá prestar los servicios médicos que requiera la accionante, ya que se trata de un adulto mayor que requiere especial protección constitucional.

TERCERO.- ORDENAR a CONSORCIO FOPEP 2015, para que una vez se reporte la novedad de la afiliación de la señora CLARA GÓMEZ DE YELA identificada con la cédula de ciudadanía No. 27.119.588 de Arboleda Nariño, al BDUA, se giren los aportes de la salud a la NUEVA EPS.

CUARTO.- EXHORTAR a la señora CLARA GÓMEZ DE YELA para que preste la colaboración que sea requerida por la NUEVA EPS cumpliendo con los documentos (*formulario único de afiliación, copia del documento de identificación, resolución de pensión*), siempre que los requerimientos se compadezcan con su estado de salud y sus limitaciones físicas o se presenten las ayudas y apoyos necesarios para hacerlo .

QUINTO: La NUEVA EPS y el CONSORCIO FOPEP 2015 deberán informar a este Juzgado sobre el cumplimiento dado a lo ordenado en precedencia.

SEXTO.- NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEPTIMO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación, **REMÍTASE** a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

ALZ