

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.
Bogotá D.C., tres (03) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Proceso: Acción de Tutela
Número: 110014003049202100041 00
Accionante: **TANDINA VARGAS MUÑOZ** en nombre y representación de su señora madre **OLGA MERCEDES MUÑOZ DE VARGAS**
Accionado: **NUEVA EPS**

Procede el despacho a decidir la acción de tutela presentada por la señora **TANDINA VARGAS MUÑOZ** en nombre y representación de su señora madre **OLGA MERCEDES MUÑOZ DE VARGAS** contra **NUEVA EPS**, teniendo en cuenta los siguientes,

ANTECEDENTES

Señala la accionante, El día 27 de noviembre de 2020, se trasladó en compañía de señora Madre, a la sede de Marly ubicada en la Av. Caracas, carrera 14 # 52-41, con la finalidad de realizar el proceso de afiliación, con la Nueva EPS Que una vez allí, un asesor les indicó que el proceso de afiliación no se estaba realizando de manera presencial, sino por medio de la página de la entidad accionada y donde se debe seguir el paso a paso indicado en el portal web.

Indica, que procedió a descargar el formulario de afiliación, a diligenciarlo en su totalidad y a enviar el día 28 de noviembre de 2020 la documentación requerida. Que según lo informado por el asesor que las atendió el trámite duraba entre 5 a 8 días hábiles.

Continúa diciendo, que como quiera que la accionada nunca respondió al proceso de afiliación realizado el 28 de noviembre de 2020, radicó el 14 de diciembre de 2020, un derecho de petición, con la finalidad de que fue afiliada su abuela y de esa manera pudiera realizar los diferentes controles de rutina que requiere debido a que en la EPSS CAPITAL SALUD, donde se encuentra afiliada, la atención no ha sido la mejor, adicional a que nunca tienen citas médicas, ni especialistas, a pesar de que por la edad que tiene, es considerada como sujeto de especial protección constitucional, motivos por los cuales interpone la acción de tutela, con el fin de que se respeten los derechos fundamentales de la señora **OLGA MERCEDES MUÑOZ DE VARGAS**, a gozar de un buen sistema de salud, al derecho a la igualdad, vida digna y los demás derechos inherentes que tiene cualquier persona.

PRETENSIONES

Solicita la accionante, se tutelen los derechos fundamentales invocados como amenazados, violados y/o amenazados, a la salud, seguridad social, a la vida, vida digna; ordenando a la NUEVA EPS, realice el proceso de afiliación en favor de la señora OLGA MECEDES MUÑOZ DE VARGAS, en sus bases de datos.

ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela, correspondió por reparto a este estrado judicial, por lo que se admitió el pasado veinticinco (25) de enero del año en curso, ordenando correr traslado a la entidad accionada para que se pronuncie, aportando pruebas y en general ejerciendo su derecho de defensa.

Mediante el mismo proveído, se dispuso vincular al MINISTERIO DE SALUD, al DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN – SISBEN; y, a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para que se pronunciaran sobre los hechos que dieron origen a la acción de tutela.

Posteriormente, por auto de fecha 27 de enero de dos mil veintiuno (2021), se ordenó vincular a CAPITAL SALUD EPSS y a la SECRETARIA DE SALUD DE BOGOTA D.C., para que se pronunciaran sobre todos y cada uno de los hechos que dieron origen a la presente acción, allegando la documentación que estimaran pertinente.

EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, en su escrito de contestación a la presente acción de tutela, argumenta que esa cartera no cumple con la función de afiliación o desafiliación de usuarios de la EPS, ni de realizar novedades de traspaso, ni de ningún tipo de cambios en la BDUA, ya que son las EPS que remiten estas conforme a los anexos técnicos de las resoluciones que reglamentan el flujo de información a la BDUA.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la acción y se exonere al Ministerio de Salud y Protección Social de las responsabilidades que se puedan llegar a endilgar en la acción de tutela, debido a que la controversia, se escapa de cualquier competencia que tuviera esa entidad.

Por su parte, la SECRETARIA DE SALUD DE BOGOTA D.C., en su escrito de contestación a la presente acción, señala que la accionante no cumple con los requisitos para poder trasladarse a la NUEVA EPS, al no reunir los requisitos previstos en el Decreto 780 de 2016. Que una vez cumplido el plazo de los 360 días, accionante podrá solicitar nuevamente traslado de EPS y sólo hasta ese momento es obligación de la EPSS CAPITAL SALUD, proceder a la afiliación con la verificación del comprobador de derechos que es consecuente con la verificación en la base de datos, con el fin de que se le garantice la prestación de los servicios de salud, debido a que esa entidad tiene la prohibición de efectuar la asignación directa de EPS.

Arguye igualmente, que la acción de tutela es improcedente por la no vulneración de derechos fundamentales, ya que no ha realizado actos de

acción u omisión que conlleve a la vulneración de los derechos fundamentales del actor. Por último, solicita ser desvinculada de la presente acción por falta de legitimación en la causa por pasiva al no encontrarse probada la vulneración o puesta en riesgo de derecho fundamental alguno por parte de esa entidad, al no ser la encargada de prestar servicios de salud, ni de efectuar los trámites administrativos de traslado de EPS requeridos por la accionante.

Por su parte CAPITAL SALUD EPSS, destaca que la señora TANDINA VARGAS MUÑOZ, se encuentra activa en su base de datos. Que en virtud del decreto 0780 de 2016 no le aplica a la citada señora el año de permanencia. Que una vez recibió la solicitud de cambio de eps, procedió a relacionar a la afiliada para su aprobación de traslado inmediato en el proceso normativo que sea solicitada por NUEVA EPS, esperando las acciones pertinentes con fecha de solicitud actualizada para continuar con el trámite de traslado, debido a que no le es posible aceptar el traslado si no es solicitado por la EPS en los archivos vigentes según la norma vigente.

Expone igualmente, que realizó la marcación, para realizar el traslado de forma inmediata cuando sea solicitada por la empresa promotora de salud. Precisa, que además que no está desconociendo ningún derecho fundamental a la accionante, toda vez que esta a cargo de otra entidad la función de asumir la función de solicitar y allegar la documentación pertinente para su traslado o movilidad efectiva, como también la de prestar los servicios de salud y brindarle el tratamiento que necesite.

Finaliza solicitando se deniegue la acción de tutela, declarándola improcedente y que se declare que obra una falta de legitimación en la causa en su contra.

A su turno, la accionado NUEVA EPS, señala que no le están vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, toda vez que no obra formulario de afiliación a la EPS, además de que no está habilitada para el régimen subsidiado en Bogotá D.C.; que el canal utilizado para el derecho de petición no es un canal oficial de Nueva EPS, además de que no se evidencia el uso del canal transaccional habilitado por el Ministerio de Salud, respecto de novedades para los afiliados a los sistemas de salud.

Por último, solicita se deniegue la acción de tutela.

El DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, señala que no existe vulneración a los derechos fundamentales de la accionante por parte de esa entidad, que para que prospere la acción de tutela, ésta se debe dirigir a la autoridad que presuntamente vulneró uno más derechos fundamentales. Argumenta que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que no tiene dentro de las competencias establecidas en la Constitución Política, en la Ley y en el Decreto 2189 de 20174, establecer los puntos de corte para acceder a un programa social, como tampoco tiene a su cargo la aplicación de las encuestas Sisbén, la prestación de los servicios de salud ni la afiliación de las personas al régimen subsidiado de salud.

Concluye, solicitando ser desvinculada de la acción de tutela y negar las pretensiones de la de la demanda respecto de esa entidad.

La SUPERINTENDENCIA DE SALUD, solicita ser desvinculada del presente trámite, teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no devienen de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esa Entidad. Que las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones frente a "...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas." (Cfr.Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

Finalmente, solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y ser desvinculada de la acción de tutela.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra prevista en el ordenamiento constitucional, como herramienta que permite reclamar ante los jueces de la república, en todo momento y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí o por quien actúe a su nombre el restablecimiento de sus derechos fundamentales, amenazados o quebrantados por cualquier autoridad pública y opera siempre que no exista otro procedimiento de comprobada eficacia, que permita alcanzar los mismos propósitos.

Por mandato de la Constitución Política, la acción de tutela frente a particulares encuentra restringida su procedencia a la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que los particulares estén encargados de la prestación de un servicio público.
2. Que con su conducta se afecte grave y directamente el interés colectivo; y,
3. Que respecto de ellos, el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que aunque la presente acción de tutela es instaurada contra una entidad privada, ésta está encargada de la prestación de un servicio público, como lo es la salud, lo que hace procedente la presente acción.

El artículo 48 de la Constitución consagró la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano, y como servicio público obligatorio, bajo el control del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficacia y universalidad.

Afín con lo indicado en la citada preceptiva, la jurisprudencia de nuestro máximo órgano constitucional ha determinado que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra definido como aquel “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”.

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 que integran el bloque de constitucionalidad que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social.

El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Así mismo, se encuentra estipulado en el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales que:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Igualmente, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- señala:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte

de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”.

A su turno, el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la Ley 516 de 1999, en su artículo 1°, reconoce a la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano.

Para el caso en concreto, revisada las presentes diligencias se tiene que la accionante, instauró acción de tutela por considerar amenazados los derechos fundamentales de su señora madre OLGA MERCEDES MUÑOZ DE VARGAS, a la salud, a la vida, a la igualdad; y, a la vida digna, correspondiendo a este Despacho resolver el problema jurídico, consistente en determinar si la actuación que proviene de la entidad accionada ha vulnerado las garantías invocadas que ameriten la protección por este medio preferente y sumario.

De los hechos alegados en el escrito de tutela se deriva que lo pretendido por la accionante es que se autorice el traslado de EPS de CAPITAL SALUS EPSS a NUEVA EPS, con el fin de poder recibir los servicios médicos que requiera.

La ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, conformado por los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, pretendiendo tal sistema regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población y en todos los niveles de atención bajo principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación, equidad, obligatoriedad, protección integral y libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, concertación, participación social y calidad (art. 152 y 153), pudiéndose acceder a mismo como afiliado del régimen contributivo, como afiliado del régimen subsidiado o como vinculado, perteneciendo al régimen contributivo las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Vinculando este régimen tanto a la persona afiliada (cotizante) como a su núcleo familiar, a través de un pago de aporte individual o familiar, que es financiado por el afiliado directamente o en concurrencia con su empleador, correspondiendo a tal régimen el POS que permite la protección integral a los afiliados cotizantes y de sus beneficiarios familiares.

Así mismo, el artículo 163 de la mentada Ley, estableció como beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, el (o) cónyuge o el compañero o compañera permanente del afiliado cuya unión supere los 2 años, los hijos menores de 18 años que hicieran parte de su núcleo familiar y que dependieran económicamente del afiliado; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tuvieran menos de 25 años, fueran estudiantes con dedicación exclusiva y que dependieran económicamente del afiliado, y a falta de los nombrados la cobertura se podría extender a los padres del afiliado no pensionado que dependieran económicamente de éste.

Para el caso de estudio, luego del análisis de las probanzas recaudadas dentro del plenario, se aprecia que efectivamente la señora OLGA MERCEDES MUÑOZ DE VARGAS, no había podido trasladarse de

EPS, no obstante haberlo solicitado, diligenciado el correspondiente formulario de afiliación, aportado fotocopia cédula de la ciudadanía, puntaje Sisben y demás documentos solicitados para hacer efectivo el mismo, igualmente está demostrado que dichos documentos fueron remitidos a la accionada NUEVA EPS, desde el día 28 de noviembre de 2020, sin que a la fecha la citada entidad aseguradora en salud haya adelantado los trámites pertinentes para tal fin, ni haya dado respuesta a los requerimiento efectuados por la accionante con el fin de que el traslado de eps se hiciera efectivo, lo que sin duda permite entrever una flagrante violación a los derechos fundamentales de la señora MUÑOZ DE VARGAS, máxime cuando es un sujeto de protección especial por parte del Estado, al ser una adulto mayor de 87 años y en condición de vulnerabilidad .

En relación con el derecho a la libre escogencia de la entidad que presta el servicio de salud, en Sentencia T-010 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Sala Tercera de Revisión consideró,

“2.4. El derecho de toda persona a escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud, también es la forma en que el legislador cumple con el mandato constitucional de crear un sistema de salud eficiente y de calidad. En el contexto de un Sistema de Salud basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen sus servicios, tal como lo es el sistema consagrado en la Ley 100 de 1993, reconocer en cabeza de todas las personas la libertad de elegir a qué entidad afiliarse es una forma de garantizar su dignidad (en el sentido de autonomía) y de asegurar que los dineros y demás recursos con que cuente el sistema, se destinarán a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de salud.

“2.5. La importancia de esta libertad para el sistema de salud desarrollado por el Legislador, se evidencia en las disposiciones legales orientadas a asegurar la libertad de elección. En el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, por ejemplo, se establecen entre las garantías de los afiliados, (a) “la libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley” y (b) “la escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.” La propia norma en la que se consagra el principio de libre escogencia contempla las sanciones del artículo 230 de la Ley 100 de 1993 como consecuencia jurídica del incumplimiento.”

Hace énfasis este Juzgado, que lo que realmente importa, por encima de procedimientos de tipo administrativo, o trabas de cualquier orden, es que todo nacional (niño, niña, mujer y hombre), sin discriminación de ninguna índole, debe estar afiliado a un régimen de salud ya sea contributivo, subsidiado o especial, para así poder acceder a los servicios de salud en el momento que los requiera, pues de lo contrario, se atenta de manera directa contra los derechos fundamentales consagrados en nuestra constitución política y en tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia.

Es claro, que le asiste a la accionante el derecho de traslado de entidad promotora de salud en el momento que lo considere, siempre y cuando reúna los requisitos y aporte los documentos requeridos, situación que está más que demostrada para el presente caso, con los documentos aportados junto con el escrito de tutela, y no puede escudarse la accionada en que no los recibió, pues obra prueba que la solicitud de traslado y documentos

relacionados, fueron remitidos al correo de esa entidad promotora de salud y que el no darle en oportunidad el trámite debido, sin duda, se itera, genera una flagrante violación a los derechos fundamentales de la señora OLGA MERCEDES MUÑOZ DE VARGAS.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia No. T-848 de 2013, señaló:

“De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

Tal como se indicó, el artículo 48 de la Carta indica que el sistema de seguridad social debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En virtud del principio de eficiencia y el carácter inherente de los servicios públicos a la finalidad social del Estado, establecido en el artículo 365 Superior, se configura para el Estado, el deber de garantizar la prestación eficiente del servicio, en forma adecuada, oportuna y suficiente. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la eficiencia como la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y la maximización del bienestar de las personas. De igual forma, de este deber se deriva el principio de continuidad en su prestación, que supone la imposibilidad de interrumpirlo, salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales.

La solidaridad, hace referencia a la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades. Este principio tiene dos dimensiones: de un lado, como bien lo expresa el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a que el Estado tiene la obligación de garantizar que los recursos de la seguridad social se dirijan con prelación hacia los grupos de población más pobres y vulnerables; de otro, exige que cada cual contribuya a la financiación del sistema de conformidad con sus capacidades económicas, de modo que quienes más tienen deben hacer un esfuerzo mayor.

Finalmente, según el principio de universalidad, el Estado –como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social –con énfasis en los grupos más vulnerables-, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos.

En este orden de ideas y con base en lo indicado en precedencia, encuentra este despacho la procedencia del amparo solicitado, razón por la cual ordenará a la NUEVA EPS, si aún no lo han hecho, para que en el término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de ésta providencia, y de manera oportuna, proceda a ordenar y adelantar todos los trámites y/o procedimientos respectivos y que le corresponde a la citada entidad promotora de salud, con el fin de que la señora OLGA MERCEDES MUÑOZ DE VARGAS, pueda ser afiliada a la NUEVA EPS, y así poder acceder a los servicios de salud en el momento que los requiera.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales reclamados por la señora **TANDINA VARGAS MUÑOZ** en nombre y representación de su señora madre **OLGA MERCEDES MUÑOZ DE VARGAS** contra **NUEVA EPS**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, se **ORDENA** a la **NUEVA EPS**, para que en el término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo y de manera oportuna, si aún no lo han hecho, procedan a ordenar y adelantar todos los trámites y/o procedimientos respectivos y que le corresponde a la citada entidad promotora de salud, con el fin de que la señora **OLGA MERCEDES MUÑOZ DE VARGAS**, pueda ser afiliada en salud, en la **NUEVA EPS**, y así poder acceder a los servicios de salud en el momento que los requiera

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes e intervinientes por el medio más expedito y eficaz, en los términos previstos por el Art. 30 del Decreto 2591/91.

CUARTO: Si la decisión no fuere impugnada, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al tenor de lo dispuesto en el Inciso 2 del Art. 31 del Decreto 2591 / 91.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NÉSTOR LEÓN CAMELO
JUEZ