

RESOLUCION: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA  
ACCION: TUTELA  
ACCIONANTE: FELIPE BURITICÁ OSPINA (T.I.1.013.108.261)  
GUILLERMO BURITICÁ OSPINA (T.I.1.013.108.260)  
ACCIONADO: ASMET SALUD E.P.S. Y CRUZ BLANCA  
RADICACION: 666824003001-2018-00639-01 (INTERNO 2319)

#### JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO

Santa Rosa de Cabal, Risaralda, veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019).

#### I. ASUNTO A DECIDIR

Procede el Juzgado a decidir en segunda instancia, la acción de tutela interpuesta por la agente oficiosa de los menores FELIPE BURITICÁ OSPINA y GUILLERMO BURITICÁ OSPINA en contra de ASMET SALUD E.P.S. y CRUZ BLANCA EPS y donde fue vinculada la COMISARIA DE FAMILIA DE SANTA ROSA DE CABAL y la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA.

#### II. HECHOS DE LA DEMANDA

La señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE quien tiene el cuidado y custodia de los menores FELIPE BURITICÁ OSPINA y GUILLERMO BURITICÁ OSPINA, solicita la desvinculación de los mismos de la EPS CRUZ BLANCA (Régimen Contributivo) porque dicha entidad no tiene cubrimiento del servicio de salud en esta parte del país y solicita el traslado de los menores a la EPS ASMETSALUD (Régimen Subsidiado).

Refiere que los menores fueron aceptados en el Sisbén pero al momento de hacer la afiliación en ASMET SALUD, le indican que por estar afiliados al régimen contributivo, su señora madre es quien debe realizar el retiro. Negativa que vulnera los derechos fundamentales de los accionantes, por estar desprotegidos del servicio de salud.

#### III. TRÁMITE Y SENTENCIA

La acción correspondió por reparto al JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL de esta localidad, el que para resolver, consideró procedente tutelar el amparo deprecado por los accionantes, ordenando a la EPS CRUZ BLANCA y ASMET SALUD EPSS, en cabeza de sus representantes legales, INICIEN Y COORDINEN dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, los trámites pertinentes al restablecimiento de los derechos vulnerados de los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA, para que de esta forma puedan recibir la atención médica y de promoción, en su calidad de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado que eligieron por su ubicación geográfica, esto es la EPS-S ASMET SALUD. Para lo cual ordenó a la EPS CRUZ BLANCA, proceder a desvincular a los menores BURITICA OSPINA de su red prestadora en calidad de beneficiarios de la señora LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA en el régimen contributivo y ordenó a ASMET SALUD

EPSS, proceder de manera inmediata a afiliar a los citados menores y prestar los servicios en salud y de promoción que requieren.

#### IV. LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la ASMET SALUD E.P.S. formuló impugnación aduciendo que no ha vulnerados los derechos fundamentales de los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA, ya que no se encuentran afiliados a dicha EPS, pues se reportan como activos en CRUZ BLANCA EPS.

Señala que el trámite administrativo que le corresponde en cumplimiento del fallo de tutela, está supeditado de las gestiones que debe realizar CRUZ BLANCA E.P.S., por lo que existe falta de legitimación por pasiva frente a ASMET SALUD E.P.S.

Considera que la acción de tutela es improcedente, toda vez que no existe ninguna vulneración de los derechos fundamentales de los menores, pues es ante la EPS CRUZ BLANCA E.P.S. que debe solicitarse el retiro total de estos menores para proceder a la afiliación en el régimen subsidiado, ya que por normatividad no está permitido una multiafiliación, resaltado lo establecido en el Art. 28 del Decreto 2353 de 2015.

Solicitando declarar libre de todo tipo de responsabilidad o condena derivada de la acción de tutela a EPS ASMETSALUD SAS, teniendo en cuenta que no realizó conducta alguna generadora de violación de derechos fundamentales frente a los accionantes.

#### V. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

La agente oficiosa de los accionantes estima vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social.

#### VI. MEDIOS PROBATORIOS

Obra fotocopia informal de los siguientes documentos:

Cédula de ciudadanía de la agente oficiosa (fl.1), tarjeta de identidad (fl.2), registros civiles de los menores (fl.3-4), Resolución No. 004 de 19 de septiembre de 2009 emanada de la Comisaría de Familia de Herveo – Tolima (fl.5-6), solicitud de desafiliación dirigida a la EPS CRUZ BLANCA (fl.7), respuesta negativa de la EPS (fl.8) e información de afiliados ADRES (fl.9-10).

#### VII. CONSIDERACIONES

Estudiada la sentencia y los argumentos de alzada, corresponde a esta judicial establecer i) el derecho a la salud y su obligatoriedad, ii) prevalencia del interés superior del menor y (iii) si efectivamente las EPS ASMET SALUD y CRUZ BLANCA

han asegurado el derecho al traslado y movilidad de régimen de los menores BURITICA OSPINA.

➤ Derecho a la salud y su obligatoriedad

El artículo 48 de la Constitución Nacional establece:

*"La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante".*

Al ser obligación del Estado garantizar a todas las personas el acceso al servicio de salud, a través de la Ley 100 de 1993 reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, al cual se le dio una cobertura universal.

Por su parte la Corte Constitucional en la T-760 de 2008, señaló:

*"la salud es un derecho fundamental autónomo<sup>1</sup> "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."*

Accesibilidad que ha sido desarrollada en el artículo 153, num. 3.4 de la Ley 100 y frente al cual Corte ha entendido este principio de la siguiente manera:

*"la afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes de Colombia, de manera que corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y al Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago<sup>2</sup>."*

Concluyéndose que la finalidad de este principio va dirigida a garantizar que todas las personas del territorio nacional estén vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, asegurándoles así, el goce efectivo de su derecho a la salud, ya sea a través del Régimen Contributivo o Subsidiado.

➤ Prevalencia del interés superior del menor

Ahora bien, tratándose de menores de edad cuyos derechos prevalecen

<sup>1</sup> Desde sentencia T-016 de 2007 se estableció el derecho a la salud como fundamental y autónomo.

<sup>2</sup> T-358 de 2009 T-638 de 2015, T-478 de 2016

Constitucionalmente sobre los demás, la protección debe ser más oportuna y completa. En este sentido, el artículo 44 La Constitución Nacional establece:

*“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...”*

Sobre el mismo tema ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia T- 155 de 2006:

*“son prioritarios los derechos de los niños frente a las restricciones de orden legal.”*

Igualmente en sentencia T-427 de agosto 18 de 1998, la H. Corte Constitucional ha manifestado:

*“El artículo 44 de la Constitución, consagra una protección especial y prevalente de los derechos fundamentales de los niños dentro del ordenamiento jurídico nacional, en razón al especial interés que tienen el Estado, la familia y la sociedad en su adecuado desarrollo, evolución y bienestar. De esta forma, el artículo en mención consagra dentro de tales derechos, aquellos relativos a la vida y a la integridad física de los niños, derechos, que entre muchos otros, deben ser garantizados de manera preferente por la colectividad, ya que el mismo artículo establece esta preferencia y la obligación a la familia, la sociedad y el Estado, de “proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.” Un tratamiento preferente de los derechos de los niños, implica también una actitud preferente hacia sus necesidades, por parte de la administración y las autoridades, luego “no pueden alegarse otras obligaciones que dilaten la eficacia del Estado y de la sociedad hacia la protección de los menores, porque el deber hacia estos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica”. (Subrayas propias)*

La jurisprudencia constitucional en el tema, ha sido reiterativa y ha reconocido que:

*“(...) el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, lo cual significa para lo que a este asunto interesa, que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la “cobertura” familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos (sic) tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta”<sup>3</sup>.*

---

<sup>3</sup> SU-043 de 1995

Concluyendo la Alta Corporación que la aplicación del principio del interés superior del menor en relación con la protección del derecho fundamental a la salud de los niños, genera una obligación para todas las personas, entidades y autoridades competentes de hacer efectivo su acceso a los servicios de salud y, en consecuencia, su incumplimiento deberá ser considerado un desconocimiento de las normas internacionales, constitucionales y legales que regulan la materia. De ahí que, por ejemplo, el acto de desafiliación de un menor de edad sin que este hubiese sido afiliado bajo alguna otra calidad al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo o subsidiado, constituye claramente una vulneración del derecho fundamental a la salud de los menores de edad<sup>4</sup>.

- Derecho al traslado y movilidad entre regímenes del Sistema de Seguridad Social en Salud

La Corte en sentencia T-296 de 2016, indicó:

*“En los términos del artículo 153<sup>5</sup> y del literal g<sup>6</sup> del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, esta Corte ha sostenido que la libre escogencia se erige como uno de los principios rectores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y un derecho del afiliado, que consiste en la posibilidad, con que cuenta éste, de elegir entre un amplio catálogo (i) la entidad promotora de salud de su preferencia, para que le administre el servicio y de su red de servicios, (ii) la institución que le prestara la atención correspondiente.”*

Es de resaltar que el derecho a la libre escogencia goza de una triple connotación, pues es a la vez un principio rector y característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud, un derecho para el afiliado y un deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud.

En el mismo sentido, la Corte se pronunció en la sentencia C-115 de 2008<sup>7</sup>.

*“La libre escogencia puede catalogarse como principio del sistema de salud, un derecho del afiliado y una característica del sistema de la seguridad social en salud, que consiste en la facultad que tienen todos los afiliados (tanto los del régimen contributivo como los del régimen subsidiado) a escoger, entre las diferentes alternativas de servicios ofrecidos, la entidad que administrará y la que prestará los servicios establecidos en el Plan Obligatorio de Salud (...)”.*

La Alta Corporación ha señalado que el derecho a la libertad de escogencia ya sea de E.P.S. o de I.P.S., en principio, puede ser ejercido y solicitada su protección, por aquellas personas que pertenezcan a los regímenes contributivo o subsidiado, comoquiera que tal prerrogativa corresponde al desarrollo del mandato legal previsto

<sup>4</sup> Artículo 153, num. 3.5 de la Ley 100 de 1993. Sentencias T-606 de 2013 y T-162 de 2015, por ejemplo

<sup>5</sup> Art. 153.- Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: (...)

3.12 Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo. (...).

<sup>6</sup> Art. 156.- El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.

<sup>7</sup> MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Mario Andrés Sarama Bastidas, contra el literal f) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, referida a las prestación de los servicios de salud, por parte de las E.P.S. del régimen subsidiado de un municipio. Ver también T-095 de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, T-770 de 2011, MP. Mauricio González Cuervo.

en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas, el literal h, del artículo 6, de la citada normatividad señala como uno de los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud, la libertad con que cuentan las personas para elegir la entidad de salud dentro de la oferta disponible, según las normas de habilitación.

Concomitante con lo anterior, el Decreto 2353<sup>8</sup> proferido el 3 de diciembre de 2015, por el Ministerio de Salud y Protección Social *"por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud"*, regula lo relativo al traslado y movilidad entre regímenes de salud, para el efecto prevé los siguientes requisitos:

*"Art. 50 Para el traslado entre Entidades Promotoras de Salud, el afiliado deberá cumplir las siguientes condiciones:*

*50.1. El registro de la solicitud de traslado por parte del afiliado cotizante o cabeza de familia podrá efectuarse en cualquier día del mes.*

*50.2. Encontrarse inscrito en la misma EPS por un período mínimo de trescientos sesenta (360) días continuos o discontinuos contados a partir del momento de la inscripción. En el régimen contributivo el término previsto se contará a partir de la fecha de inscripción del afiliado cotizante y en el régimen subsidiado se contará a partir del momento de la inscripción del cabeza de familia. Si se trata de un beneficiario que adquiere las condiciones para ser cotizante, este término se contará a partir de la fecha de su inscripción como beneficiario.*

*50.3. No estar el afiliado cotizante o cualquier miembro de su núcleo familiar internado en una institución prestadora de servicios de salud.*

*50.4. Estar el cotizante independiente a paz y salvo en el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*50.5. Inscribir en la solicitud de traslado a todo el núcleo familiar."*

Por su parte, el Decreto 780 de 2016, en su artículo 2.1.7.3, enumera las excepciones a la condición de permanencia para que opere el traslado, a saber:

- (i) Revocatoria total o parcial de la habilitación o de la autorización de la EPS<sup>9</sup>.*
- (ii) Disolución o liquidación de la EPS.*
- (iii) Cuando la EPS, se retire de uno o más municipios o esta disminuya su capacidad de afiliación, previa autorización de la Superintendencia Nacional de Salud<sup>10</sup>.*

<sup>8</sup> Es preciso resaltar que el inciso segundo, del artículo 2 del Decreto 2353 de 2015, dispone que a los regímenes exceptuados solo se les aplicará lo previsto en *"los artículos 12, numeral 12.2, 82, 83 y 85 del presente decreto"*.

<sup>9</sup> Según el parágrafo 1 del citado artículo, esta excepción opera solo para los municipios donde se haya aplicado la medida de revocatoria parcial o el retiro.

<sup>10</sup> *Ibidem.*

- (iv) *Cuando el usuario vea menoscabado su derecho a la libre escogencia de IPS o cuando se haya afiliado con la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores y esta no sea cierta, previa autorización de la Superintendencia Nacional de Salud.*
- (v) *Cuando se presenten casos de deficiente prestación o suspensión de servicios por parte de la EPS o de su red prestadora debidamente comprobados, previa autorización de la Superintendencia Nacional de Salud.*
- (vi) *Por unificación del núcleo familiar cuando los cónyuges o compañeros permanentes se encuentran afiliados en EPS diferentes; o cuando un beneficiario cambie su condición a la cónyuge o compañero permanente.*
- (vii) *Cuando la persona ingrese a otro núcleo familiar en calidad de beneficiario o en calidad de afiliado adicional.*
- (viii) *Cuando el afiliado y su núcleo familiar cambien de lugar de residencia y la EPS donde se encuentre el afiliado no tenga cobertura geográfica.*
- (ix) *Cuando el afiliado al terminar su vínculo laboral o contractual del trabajador dependiente o independiente, agotados el periodo de protección, si los hubiere, no reúne las condiciones para seguir como cotizante, afiliado adicional o como beneficiario, y no registra la novedad de movilidad.*
- (x) *Cuando no se registra novedad de movilidad de los beneficiarios que pierden las condiciones para seguir inscritos en la misma EPS como cotizante independiente, dependiente o afiliado adicional.*
- (xi) *Cuando la afiliación ha sido transitoria por parte de la UGPP de conformidad con las disposiciones del título 1 parte 12 del libro 2 del Decreto 1068 de 2015.*
- (xii) *Cuando la inscripción del trabajador ha sido efectuada por su empleador o la del pensionado ha sido realizada por la entidad según disposiciones normativas.*
- (xiii) *Cuando el afiliado ha sido inscrito de manera oficiosa por la entidad territorial en el régimen subsidiado. (Subrayado propio)*

En el caso de marras los menores GUILLERMO BURITICA OSPINA y FELIPE BURITICA OSPINA se encuentran afiliados a la EPS CRUZ BLANCA (régimen contributivo), entidad que no presta los servicios de salud en Santa Rosa de Cabal, ciudad de domicilio de los accionantes, motivo por el cual la señora LUZ DARY PINEDA AGUIRRE, abuela materna de los menores y quien ostenta su cuidado y custodia, solicita el traslado a la EPS ASMET SALUD (régimen subsidiado). Petición que fue elevada ante CRUZ BLANCA por la Comisaría de Familia de Santa Rosa de Cabal y que fue resuelta desfavorablemente por la entidad, quien exige para dar inicio al trámite administrativo, el diligenciamiento por parte de la cotizante (LUZ ESTRELLA OSPINA PINEDA) del formulario de retiro y traslado de EPS (fl.8-9), sin tener en cuenta la situación especial en que se encuentran los menores debido al abandono por parte de su progenitora, del cual dan cuenta los informes de las comisarías de familia de Herveo y de Santa Rosa de Cabal, que reposan en la acción de tutela; dejar el trámite del traslado de EPS de los niños en manos de su madre que los abandonó implicaría profundizar aún más su situación de desprotección y patrocinar la desatención en salud que presentan, pues pese a estar afiliados al régimen de seguridad social en salud a través de CRUZ BLANCA EPS, la entidad no puede

prestarles el servicios por no contar con red prestadora en el sitio de residencia de los accionantes, que no están con su madre, circunstancias que vulneran los derechos fundamentales de los menores BURITICÁ OSPINA, ya que es deber de las EPS abstenerse de efectuar actos que lleguen a comprometer la continuidad, eficiencia, solidaridad y universalidad del servicio de salud.

Comoquiera que lo solicitado por la agente oficiosa de los menores accionantes es que la ASMET SALUD EPS acepte el traslado solicitado una vez la EPS CRUZ BLANCA libere a los menores de la base de datos, para que puedan acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la ciudad de Santa Rosa de Cabal, donde residen, el Despacho CONFIRMARÁ la Sentencia de primer grado, proferida por el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL de esta ciudad.

#### VIII. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 10 de junio de 2019 por el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL de esta ciudad, de conformidad con los motivos expuestos en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Comunicar a las partes esta decisión, en la forma más expedita, conforme a las previsiones del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Remítase de manera inmediata el presente proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

  
SULI MIRANDA HERRERA