Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela Nº 2021-01167-01.
Proveniente del Juzgado 11 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Sentencia Segunda Instancia

Fecha: Diciembre trece (13) de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación solicitante: (Art. 29 Num. 1 D. 2591/91):

- **JUAN GUILLERMO PANQUEVA GÓMEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1’022.965.636, actuando a nombre propio.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Num. 2 D. 2591/91):

a) La actuación es dirigida por la tutelante en contra de:

- **CAPITAL SALUD EPS**

b) Entidades vinculadas:

- **COMPENSAR EPS.,**
- **SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD,**
- **MINISTERIO DE SALUD.**

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La parte accionante indica que se trata de los derechos de seguridad social y el mínimo vital.

4.- Síntesis de la demanda:

a) *Hechos:* La parte accionante manifestó que:

- Que radicó formulación de afiliación como beneficiario ante EPS COMPENSAR desde abril de 2021, informando de tal condición a CAPITAL SALUD E.P.S, su actual E.P.S.

- Añade que no se ha realizado su cambio de E.P.S., vulnerando con esto sus garantías constitucionales.

b) *Petición:* ordenar a la accionada, que:

- Se salvaguarden sus derechos invocados
- Se le ordene a CAPITAL SALUD E.P.S permitir su cambio a EPS COMPENSAR y no obstaculizar dicho procedimiento.

5- Informes:

a) **SALUD CAPITAL EPS**, al atender este requerimiento solicitó su desvinculación aduciendo falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no era la encargada de autorizar el cambio que argüía el demandante, sino de la E.P.S. a la cual se quiere trasladar el actor (Compensar E.P.S.). Frente a esto, indicó:

- **TRASLADO DE EPS**

En respuesta a la solicitud para el caso del señor Juan Panqueva Gomez, se procedió a realizar las respectivas verificaciones en las bases de datos, observando que:

Estamos a la espera de que la EPS seleccionada por el afiliado realice el respectivo proceso de traslado definido en la resolución 4622 de 2016, emitida por el Ministerio De Salud Y protección Social.

Teniendo en cuenta los procesos del mes agosto, septiembre y octubre 2021, encontramos que la usuaria no ha sido solicitada por ninguna EPS, razón por la cual aún continua activo con nuestra entidad, por lo anterior le invitamos a que se notifique a la nueva entidad promotora de salud para que realice el proceso establecido en la resolución antes mencionada. De esta manera hacer efectivo el traslado informado por el usuario.

Se realiza nuevamente la marcación en base de datos de Capital Salud EPS para priorizar el traslado a la EPS de su elección.

b) **El MINISTERIO DE SALUD**, a su turno, solicitó exonerar a la entidad de cualquier responsabilidad que se pueda llegar a endilgar toda vez que no es la entidad competente para dar trámite a las solicitudes del accionante.

c) **COMPENSAR EPS,** manifestó que el señor JUAN GUILLERMO PANQUEVA GOMEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 1022965636, no se encontraba afiliado ni al plan de beneficios en salud ni al plan de atención complementaria de COMPENSAR EPS. Precisó que, en efecto, se registraba como afiliado como afiliado ante CAPITAL SALUD EPS desde el 10 de agosto de 2015.

Aunado a esto, precisó que el 21 de julio de 2021 CAPITAL SALUD EPS rechazó el traslado del demandante de dicha E.P.S. a la suya, argumentando que dicho traslado debería ser solicitado por el grupo familiar del paciente. Predica que, es CAPITAL SALUD EPS la encargada de autorizar el cambio de E.P.S. del actor.

Finalmente, añade que, es la señora YUBIET YOHANA CASTIBLANCO BELLO, en su calidad de COTIZANTE la encargada de radicar un nuevo formulario único de afiliación y registro de novedades solicitando la inclusión del demandante JUAN GUILLERMO PANQUEVA GÓMEZ como beneficiario dentro de su grupo

familiar. Subraya que, la señora YUBIET YOHANA CASTIBLANCO BELLO presuntamente ha fallecido.

6.- Decisión impugnada:

Se resolvió la primera instancia de la siguiente manera:

Citada la accionada, el *A-quo* profirió sentencia el 12 de noviembre de 2021, negando la salvaguarda invocada por la demandante bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, indicó que la demanda presentada carecía de información relevante del caso; aspecto que fue subsanada con la contestación emitida por COMPENSAR E.P.S., en la cual se aducía que el intento de realizar un cambio de E.P.S. era infructuosa, en la medida que la persona encargada de solicitarla era la que se registraba como cotizante y no, así como beneficiario, en este caso, la señora YUBIET YOHANA CASTIBLANCO BELLO (madre del demandante), la que aparentemente había falleció.

Por lo anterior, el Juez de primera instancia le recordó al demandante que, si en efecto su madre falleció, lo propio era realzar no un cambio de E.P.S, sino un nuevo registro como cotizante ante la E.P.S que deseaba, dado que, al fallecer la cotizante primigenia su vínculo con CAPITAL SALUD E.P.S. desaparecía eventualmente. De manera puntual expresó:

> Por consiguiente, sino le asiste razón al accionante de la vulneración aquí alegada, se evidencia es una mala asesoría por las EPS´S aquí accionada y vinculada, toda bien que al no poderse vincular todo el núcleo familiar, lo que se tiene que informar es que al no ser el cotizante, el trámite a seguir no es un traslado, sino una nueva afiliación como cotizante, con ocasión a la muerte de su progenitora.
>
> Recuérdese que los beneficiarios del cotizante fallecido permanecerán afiliados por el mismo período contemplado de protección laboral, en caso que el fallecido tuviera derecho a ella. Los beneficiarios tienen 1 mes siguiente al fallecimiento, para registrar la novedad en el Sistema de Afiliación Transaccional.
>
> (…)
>
> Por consiguiente, el señor Juan Guillermo Panqueteva deberá reportar la novedad del fallecimiento de su progenitora ante SALUD CAPITAL EPS y ante esa entidad solicitar el retiro, si a bien lo considera, para que proceda a realizar una nueva afiliación ante COMPENSAR EPS, por lo tanto no es procedente acceder al amparo invocado, teniendo en cuenta que no existe una vulneración al respecto, teniendo en cuenta que el accionante, debe es informar el fallecimiento de la cotizante, y pedir a la EPS de su preferencia una afiliación cambiando su categoría de beneficiario a cotizante.

7.- Impugnación: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

Inconforme con la decisión, el accionante impugnó la decisión, indicando únicamente que contaba con el derecho de escoger libremente su E.P.S. De manera puntual expresó:

Buenas tardes.

Señor Juzgado Once (11) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. Impugnó la respuesta fallada por ustedes bajo los fundamentos en el artículo

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.

Les solicito de manera urgente poder afiliarme a la EPS COMPENSAR ya a ninguna prestadora de servicios de salud me puede retener soy libre de escoger mi eps necesito es u. A solución.

8.-Problema jurídico:

¿Existe vulneración de los derechos deprecados por cuenta de la accionada o entidades vinculadas?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Respecto a la finalidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha reiterado:

> *''La acción de tutela es un mecanismo especial creado por la Constitución Política con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, cuando estos sean vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o, eventualmente, por los particulares. Esta herramienta ostenta una naturaleza eminentemente subsidiaria y residual, por lo que solamente procede cuando no existe otro mecanismo de protección judicial, o para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso es viable la tutela como mecanismo transitorio.*
>
> *El inciso 3o del artículo 86 de la Constitución Política consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela, en el cual se establece que, "esta acción sólo 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". Igualmente el numeral 1o del artículo 6o del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.*
>
> *En términos similares, la Corte Constitucional se ha referido en múltiples ocasiones al concepto de subsidiariedad expresando que, "la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines*"[1]. (Subrayado y negrilla por fuera del documento original).

[1] Corte Constitucional. Sentencia T-1008 de 2012 y Sentencia T-471 de 2017.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado que sedan dos excepciones que justifican su procedibilidad: "(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio"[2] (Subrayado y negrilla por fuera del documento original).

b- Frente al derecho de libre elección entre Entidades Promotoras de Salud, la Corte Constitucional ha dicho:

'La Seguridad Social es un servicio público obligatorio a cargo del Estado, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, cuya prestación - sea en forma directa o a través de entidades privadas -, está sometida a la vigilancia y control del Estado (Arts. 48, 49, 365 de la CP). Es además, desde una perspectiva dogmática, un derecho irrenunciable (Art. 48 C.P.). Como mandato prestacional, el derecho a la seguridad social en salud requiere de un desarrollo legal efectivo, de la apropiación de recursos y la ejecución de procesos programáticos para su consolidación y exigibilidad. Así, cuando de la afectación del derecho a la salud se vulneran o amenazan derechos fundamentales, ese derecho participa del rango de fundamental por conexidad, y puede gozar de amparo por vía de tutela, atendiendo cada circunstancia específica.

Para asegurar el derecho a la seguridad social en salud, el artículo 49 de la Carta[331] garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. El acceso a la seguridad social es un componente esencial del derecho constitucional, previsto en la Ley 100 de 1993 como una de las múltiples prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SG-SSS). Según jurisprudencia de esta Corporación, comprende no sólo la incorporación al Sistema y a su cobertura sino también la permanencia y garantía de traslado de los afiliados dentro del Sistema. Tal acceso, parte de la libre escogencia o elección de EPS (Art. 153 de la Ley 100 de 1993), cuyo soporte constitucional se deriva de los derechos a la libertad y a la dignidad humanas entendidos desde la perspectiva de la autonomía individual (Art. 16 CP).

La regla de libre elección garantiza a todos los usuarios del SGSSS el poder escoger libremente entre las diferentes entidades que ofrecen la administración y prestación de los servicios de salud, según las condiciones de oferta, permitiendo que la movilidad o traslado entre EPS pueda realizarse también libremente, atendiendo los requisitos de ley. Los artículos 156, literal g, y 159 de la Ley 100 de 1993, numeral 3, reconocen como garantías de los afiliados, la libre escogencia y traslado entre EPS,

[2] Corte constitucional. Sentencia T-375 de 2018. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

de conformidad con la ley y con los procedimientos que fije el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas por el legislador. Incluso a nivel reglamentario, el artículo 45 del Decreto 806 de 1998 señala que la "afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud, EPS, en los regímenes contributivo y subsidiado, es libre y voluntaria por parte del afiliado. Por consiguiente, el cambio de EPS no sólo se autoriza sino que se garantiza legalmente."
(…)

Ahora bien, los derechos y garantías del SGSSS ***no tienen en general un carácter absoluto****. El derecho a la libre escogencia, de hecho, ha sido objeto de una regulación jurídica que impone el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos para que pueda ejercerse de forma razonable por los usuarios. La movilidad de los afiliados al SGSSS, de una Entidad Promotora de Salud a otra de su elección, se encuentra limitada entonces por las reglas que para el efecto establecen los Decretos 806 de 1998, 1485 de 1994, 1406 de 1999 y 047 del 2000, de los que se derivan las siguientes reglas jurídicas:*
(…)
(si) El traslado entre entidades administradoras está sujeto al cumplimiento de los requisitos de permanencia que establecen las normas que reglamentan el Sistema. Uno de ellos es el término para que se autorice el traslado de EPS en el régimen contributivo, que a partir del año 2002, exige como regla general, una permanencia mínima de 24 meses (continuos o discontinuos) en la misma EPS, con los respectivos pagos durante ese tiempo, sin perjuicio del traslado excepcional por falla en el servicio. Sin embargo, existen excepciones: (a) los beneficiarios que hayan sido incluidos en una fecha diferente a la afiliación del cotizante, deben cumplir 24 meses (continuos o discontinuos) de permanencia, para que se autorice el traslado del cotizante, salvo que alguno de los beneficiarios haya nacido estando afiliado el cotizante a la EPS de la cual desea retirarse; (b) quien haga uso de los servicios organizados por las EPS para atender procedimientos de alto costo "deberá permanecer por lo menos dos años después de culminado el tratamiento, en la respectiva Entidad Promotora de Salud, salvo mala prestación del servicio"; (c) El derecho a la movilidad de las personas que se encuentren en periodos de incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, no puede ejercerse sino hasta el día siguiente a aquel en que termine la licencia o incapacidad, e igual ocurre si la persona se encuentra interna en una entidad hospitalaria, en procedimientos de alta complejidad; y (d) según el Decreto 1406 de 1999, artículo 43, el traslado de un afiliado independiente que se haya retirado de una EPS, adeudando sumas por concepto de cotizaciones o copagos, se hará efectivo sólo a partir del momento en que el afiliado cancele sus obligaciones pendientes con el SGSSS a la entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliado; (e) lo anterior se aplica igualmente a los afiliados dependientes que se trasladen sin haber cancelado sus obligaciones pendientes con el sistema, por concepto de copagos o cuotas moderadoras"[3] *(subrayado y negrilla por fuera del documento original).*

[3] Corte Constitucional. Sentencia T-1229 DE 2008. Magistrado Ponente, Dr; Mauricio González Cuervo.

c.- *Verificación de requisitos generales para el caso concreto:* En lo referente a **legitimación en la causa**, se evidencia identidad entre el ahora tutelante y las autoridades comparecientes, de suerte que se tiene por cumplido tal requisito.

d.- El apartado de **subsidiariedad** se verifica que existe un tramite alternativo que puede agotar el demandante para obtener la vinculación que solicita. Por tanto, este requisito no se encuentra satisfecho.

10.-Caso concreto:

Una vez auscultado los argumentos expuestos por parte de la impugnante, este Despacho advierte que confirmará la determinación fijada por el *A-quo*, a razón de los siguientes miramientos.

Como primer punto esencial a considerar, se tiene que, el cambio de E.P.S. no es viable en su caso, porque NO es la persona que se registra como cotizante, aspecto que recae en el presente caso en la señora YUBIET YOHANA CASTIBLANCO BELLO; persona que esta facultada para proceder a realizar el cambio exigido, y no en el demandante en condición de beneficiario.

Ahora bien, a esta circunstancia se suma una de mayor gravedad que al parecer el tutelante no ha interiorizado, y es que, tal como acertadamente el *A-quo* lo indicó, si en efecto la señora YUBIET YOHANA CASTIBLANCO BELLO falleció, quien era la persona que se registraba como cotizante del demandante, causará que en el futuro próximo una vez vencido el tiempo de protección que regula el artículo 12 del Decreto 1703 de 2002, el aquí actor, pierda la protección que hoy en día sostiene con CAPITAL SALUD E.P.S., dado el vínculo que los unía por la cotizante, liberándolo para que una vez pase esto, pueda escoger o mantenerse en la E.P.S. de su preferencia. La mencionada norma reza:

> *''Artículo 12. Fallecimiento del cotizante. Cuando una entidad promotora de salud, EPS, haya compensado por un afiliado cotizante fallecido o su grupo familiar, deberá proceder a la devolución de las UPC así compensadas, en el período siguiente de compensación que corresponda a aquel en que se verificó la información sobre el fallecimiento.*
> ***Los beneficiarios de un cotizante fallecido, tendrán derecho a permanecer en el Sistema en los mismos términos y por el mismo período que se establece para los períodos de protección laboral de acuerdo con las normas legales vigentes****; en todo caso, comunicarán a la entidad promotora de salud, EPS, por cualquier medio sobre la respectiva novedad, en el mes siguiente al fallecimiento; de no hacerlo, cuando así se verifique, se procederá a su desafiliación y perderán la antigüedad en el Sistema.*
> ***Cuando las novedades no hayan sido reportadas en debida forma por los beneficiarios del cotizante fallecido a la entidad promotora de salud, EPS, esta podrá repetir por los servicios prestados contra dichos beneficiarios****; tales valores serán pagados debidamente indexados y con los intereses causados […]".*
> (Subrayado y negrilla por fuera del documento original)

Así las cosas, la petición elevada por el actor no es procedente, por un lado, porque no es el facultado para solicitar el cambio de E.P.S, dada su condición de beneficiario, recayendo esta competencia en la persona que cotiza al plan de salud, y por el otro, porque de haber fallecido esta última persona, quedara libre para realizar tal cambio de manera libre, previo claro está, la información de tal circunstancia a la E.P.S a la que pertenece.

En conclusión, se confirmará la orden impartida por el Juez de primera instancia al encontrarse el fallo cuestionado ajustado a los parámetros constitucionales y jurisprudenciales que rigen esta clase de asuntos

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión impugnada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: NOTIFICAR la decisión por el medio más expedito.

Notifíquese,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO
JUEZ

RQ