

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SESENTA Y CUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.,

(Juzgado Cuarenta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio)

-Acuerdo PCSJA18-11127-

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022).

Acción de Tutela N° ° 11001400306420220079100 de MIGUEL FERNANDO MORENO FRANCO EN CALIDAD DE AGENTE OFICIOSO DE LA MENOR ISABELA ROZO JAIMES en contra de SALUD TOTAL E.P.S-S y COMPENSAR EPS.

ASUNTO

Surtido el trámite de rigor, procede el Despacho a resolver la acción de la referencia, instaurada por la presunta violación de los derechos fundamentales de la menor ISABELA ROZO JAIMES, por parte de la accionada.

La petición y los hechos

I- ANTECEDENTES

El señor MIGUEL FERNANDO MORENO FRANCO, presento acción constitucional, conforme lo reglado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, en contra de SALUD TOTAL E.P.S-S y COMPENSAR EPS, con fundamento en los hechos que se relacionan a continuación:

Manifiesta el accionante que el día 15 de junio de 2022, con ocasión al trámite de adopción a través del ICBF, le fue entregada la menor Isabela Roza Jaimes de 17 meses y como quiera que él se encuentra afiliado en calidad de Cotizante a la EPS COMPENSAR procedió a realizar la solicitud de afiliación de su hija Isabela a dicha entidad a lo cual le informaron que no era posible por cuanto la menor se encontraba vinculada a la EPS SALUD TOTAL.

Señala que el 15 de junio de 2022 solicitó la desvinculación de la menor ante la EPS SALUD TOTAL y se procediera por parte de Compensar EPS a la afiliación e iniciar los controles y seguimiento médico que requiera su hija con ocasión de la edad que tiene, pero le indicaron que indicó que la única persona que podría realizar el trámite era el cotizante, que no era él, por lo que se comunicó con SuperSalud, en donde le reiteraron la información brindada por SALUD TOTAL.

II. DERECHOS VIOLADOS Y PETICIÓN

Indicó el promotor del amparo, que la conducta de las accionadas, vulnera los derechos fundamentales a la vida, a la salud, vida digna y seguridad social, por tanto, solicitó al despacho ORDENAR a SALUD TOTAL EPS que proceda a reportar la desafiliación de su hija Isabela Roza Jaimes a fin de que la EPS COMPENSAR EPS la afilie en calidad de beneficiaria de su plan de salud y así puede gozar de la atención requerida.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído calendado dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022), se admitió la acción de la referencia, solicitando al accionante que en el improrrogable término de un (1) día, contado a partir del recibo de la comunicación, se pronuncie sobre los hechos en los que se soporta la presente acción y anexa la documentación pertinente, para la pronta y adecuada resolución de la tutela; igualmente se vinculó a la Superintendencia de Salud, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-Adres, para que se manifiesten acerca de los hechos relatados en la presente acción.

**En atención al requerimiento del juzgado:**

- La CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR autorizado legalmente para funcionar como COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD a través de su representante legal manifestó que MIGUEL FERNANDO MORENO FRANCO, se encuentra ACTIVO en el Plan de Beneficios en Salud de esa EPS desde el 19 de abril de 2021, en calidad de cotizante dependiente y la única beneficiaria que a la fecha hace parte del grupo familiar del Señor MIGUEL FERNANDO MORENO FRANCO es la menor GABRIELA MORENO ROJAS.

Informa que al validar con el número de documento de la menor ISABELA ROZO JAIMES en la Base de Datos Única de Afiliados de la ADRES, se pudo establecer que esta se encuentra ACTIVA en el Plan de Beneficios en Salud de la EPS SALUD TOTAL, en calidad de BENEFICIARIA, igualmente aclara que a la fecha el Señor MIGUEL FERNANDO MORENO FRANCO no ha solicitado la inclusión de la menor ISABELA ROZO JAIME a su grupo familiar, luego el trámite a seguir por el accionante es radicar ante esa entidad el formulario único de afiliación y registro de novedades, adjuntando los documentos que acrediten la calidad de beneficiarios.

- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, informa que en el 1 Proceso de restablecimiento de derechos adelantado a favor de IRJ, se entregó con medida de protección adopción con padres adoptivos, Familia, Miguel Fernando Moreno Franco y Tatiana Rojas Roa, según lo acordado en el Comité de Adopciones Acta NO. 17 del 26 de abril del 2022, diligencia de encuentro realizada el 15 de junio del 2022, en las instalaciones del ICBF-Regional Bogotá.

Aclara que los padres adoptivos deben solicitar la desafiliación al sistema de salud al cual el Estado tiene vinculada a la niña, en este caso particular, a la EPS.S SALUD TOTAL y no hay justificación que la EPS.S Salud Total niegue la desvinculación teniendo en cuenta que el padre presentó como documento el Acta de Ubicación en Medio Familiar Adopción, junto con el registro civil y el libro de varios en donde consta en la nota marginal, la declaratoria de adaptabilidad según la resolución No. 126 del 3 de marzo del 2022, proferida por el Defensor de Familia, quien de inmediato requirió mediante correo electrónico a la EPS SALUD TOTAL, solicitando desafiliar de la menor.

- la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, manifestó que se procedió a verificar el estado de afiliación del accionante en las bases de datos de BDUA, y se encontró que la menor ISABELA ROZO JAIMES se encuentra reportado en estado ACTIVO por parte de SALUD TOTAL EPS dentro del régimen contributivo, como beneficiaria.

Enfatiza que la Administradora no es responsable de determinar traslados en las diversas EPS, puesto que la entidad actualiza las bases de dato única de afiliados, conforme los reportes que realicen dichas entidades, y por lo tanto, no se le puede endilgar a ADRES vulneración alguna de los derechos fundamentales de la actora, puesto que de acuerdo a la

normativa vigente, no es función de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, realizar el trámite de traslado o movilidad.

- La Superintendencia de Salud y LA EPS SALUD TOTAL, guardaron silencio.

#### IV- CONSIDERACIONES

##### - LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela, prevista por el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo procesal específico y directo, cuyo objeto consiste en la efectiva protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en las situaciones y bajo las condiciones determinadas específicamente en el Decreto 2591 de 1991. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza sobre él se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

##### - DERECHO A LA SALUD

En el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado.

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12, estableció que “todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” y, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General n.º 14 del 2000 advirtió que “la salud es derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.” Lo que permite entender el derecho a la salud como “el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”

En desarrollo de esos mandatos superiores, se expidió la Ley 100 de 1993 que reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, al cual se le asignaron como características la distribución y funcionamiento desde una perspectiva de cobertura universal, entre otras.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional en sentencia T- 760 de 2008, estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo “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.” Asimismo, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 2º,

reconoció el carácter fundamental autónomo e irrenunciable de la salud, así como el deber por parte del Estado de garantizar su prestación de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Ahora bien, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

**-Principio de accesibilidad.** Es un elemento esencial para el efectivo desarrollo del derecho a la salud. La Ley Estatutaria de Salud lo define como “accesibilidad: Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”.

La Corte, a propósito del desarrollo del derecho a la salud y con fundamento en la mencionada Observación General n.º 14 del Comité de Derechos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), ha expuesto que:

“En cuanto a los elementos enlistados no cabrían reparos, pues, resulta evidente que el Proyecto recoge lo contemplado en la Observación General 14, con lo cual, se acude a un parámetro interpretativo que esta Sala entiende como ajustado a la Constitución. En el documento citado, la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad se tienen como factores esenciales del derecho. En sede de tutela y, sobre el punto, esta Corporación, ha reconocido el vigor y pertinencia de la Observación en los siguientes términos:

“(…) Ahora bien el derecho a la salud contiene una serie de elementos necesarios para su efectivo desarrollo, dentro de los cuales encontramos la accesibilidad al servicio. Esta Corporación en aras de desarrollar por vía jurisprudencial el alcance y contenido del derecho a la salud, ha recurrido en diversas oportunidades a la Observación General Número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC). La cual en su párrafo 12 expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. Sobre el primero de ellos, de acuerdo con la observación, deben tenerse presentes los siguientes lineamientos (...)” (Sentencia T-585 de 2012.).

En este sentido, es posible determinar la obligación que recae sobre las entidades promotoras de salud, como las encargadas de cumplir la obligación estatal contenida en los artículos 48 y 49 de la Constitución, de garantizar el acceso al servicio de salud y, en consecuencia, brindar todos los medios indispensables para que dicha accesibilidad se materialice de manera real y efectiva.

**-Principio de solidaridad.** Este principio se encuentra consagrado en los artículos 48 y 95 de la Constitución. Es uno de los pilares del sistema de salud y supone el deber de una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades orientada a ayudar a la población más débil.

La Corte señaló que: “La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social” .

Esto significa que el propósito común de proteger las contingencias individuales se realiza en trabajo colectivo entre el Estado, las entidades a las cuales se le adjudicó la prestación del servicio de salud y los usuarios del sistema; en otras palabras, los recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud deben distribuirse de tal manera que toda la población colombiana, sin distinción de su capacidad económica, acceda al servicio de salud.

Lo anterior así se establece, toda vez que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no cuenta con recursos públicos ilimitados y, en esa medida, se diseñó una estructura que vincula a los particulares.

Esa participación de los particulares, como se viene sugiriendo, constituye una materialización del principio de solidaridad, el cual no es exclusivo de la normativa propia de la seguridad social, sino que también es un derrotero constitucional general, según las voces del artículo 95 de la Constitución Política.

**-Principio de continuidad.** Esta directriz responde a que toda persona que haya ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud cuente con vocación de permanencia y no resulte separado del mismo cuando se encuentre en peligro su calidad de vida e integridad. La Corte ha sostenido, de manera reiterada que el servicio de salud, por tratarse de un servicio público esencial, no debe ser interrumpido sin que medie una justificación constitucionalmente admisible.

Desde la Sentencia T- 1198 de 2003 la Corte ha venido diciendo que: “La jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las EPS de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

Adicionalmente, ha señalado que la continuidad del derecho de salud no solo consiste en brindar los servicios requeridos por los usuarios, sino que, además, debe reconocer los principios de confianza legítima y buena fe consagrados en el artículo 83 de la Constitución. Esto quiere decir que los tratamientos o servicios que venían siendo ofrecidos al usuario no deben suspenderse con ocasión de cambios en su afiliación.

En ese orden, cuando una persona pierde su calidad de afiliado, las EPS tienen la obligación de respetar la continuidad de los tratamientos médicos que se estén adelantando, hasta que otro operador del sistema asuma la prestación del servicio de salud del paciente.

**-Principio de la libre escogencia.** Este postulado responde a la garantía de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que consiste en elegir la entidad que les brindará dichos servicios de salud; esta directriz fue tratada inicialmente en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 45 del Decreto 806 de 1998. Posteriormente, el artículo 3.12 de la Ley 1438 de 2011 desarrolló este principio de la siguiente manera:

“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”.

En la actualidad, el capítulo 7 del Decreto Único Reglamentario -780 de 2016- establece el propósito de este principio y prevé, por supuesto, las circunstancias excepcionales en las cuales el mismo podría encontrar limitaciones.

De otro lado, el artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y el Decreto 2553 de 2015, compilado en el citado Decreto 780 de 2016 definen y desarrollan la libre escogencia como principio, derecho y característica de las EPS.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional lo ha desarrollado de la siguiente manera: “El principio de la libre escogencia se edifica a partir de la participación que se otorga a “diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios”.

Adicionalmente, se ha establecido que este principio se relaciona con 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”

En suma, el principio de libre escogencia consiste en permitir que las personas puedan desvincularse de aquellas EPS que no garantizan adecuadamente el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud y, a la vez, afiliarse a aquellas entidades que presten sus servicios.

**-Principio de cobertura universal.** Con la aprobación de la Ley 100 de 1993, el legislador pretendió suplir la carencia de instrumentos para lograr una cobertura universal del servicio de salud. Ese desafío generó la inclusión de la universalidad como uno de los principios de la seguridad social, el cual fue definido como “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”.

La necesidad de ofrecer a toda la población el servicio de salud surge de la naturaleza progresiva que tiene la dimensión prestacional de los derechos fundamentales en un Estado Social de Derecho, modelo estatal adoptado por Colombia a través de la Constitución Política de 1991, el cual, además, tiene el compromiso de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en aquella.

Esta aspiración de cobertura universal también encuentra fundamento en el principio de igualdad, según el cual, todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades.

Igualmente, el artículo 49 de la Constitución, al definir la salud como un servicio público, dispuso que se garantice a todas las personas el acceso de los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y le impuso como directrices al Estado, a la hora de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de este servicio, los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Ahora bien, el alcance de este principio no se agota en la idea de ofrecer el servicio de salud a toda la población, sino que se extiende a la finalidad de ofrecer una cobertura unificada, integral y de calidad.

También tenemos que en la Ley 100 de 1993 se advierten los primeros esfuerzos por lograr estos cometidos, como quiera que la creación de dos sistemas de aseguramiento, contributivo y subsidiado, responden a la idea de ofrecer mecanismos de acceso al servicio de salud, pues no solo se diseñó un régimen para aquellos con capacidad económica que con sus aportes concurren a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social –régimen contributivo-, sino para aquellos que por ausencia de recursos no pueden contribuir al mismo–régimen subsidiado.

El Decreto 780 de 2016 consagra la universalidad de los servicios como la ejecución de acciones tendientes a lograr la prestación los servicios de salud con cobertura progresiva en todo el país, de acuerdo con las necesidades de protección de la salud pública y el desarrollo social.

Así mismo, la Corte ha desarrollado el principio de universalidad, entendiéndolo como la obligación de proporcionar los servicios de salud a toda la población colombiana, acatando,

a su vez, los principios de progresividad y solidaridad; en otras palabras, “La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios”.

De lo anterior se infiere que el Estado debe garantizar, progresiva e integralmente el goce del derecho a la salud de todos los habitantes del territorio nacional, con independencia de su nivel de ingresos, posición social o residencia, de conformidad con las directrices internacionales y constitucionales.

- **El principio de obligatoriedad.** La obligatoriedad del derecho a la salud tiene fundamento en el artículo 48 Constitucional, según el cual la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la salud es una de las garantías del derecho a la seguridad social, los principios de universalidad y obligatoriedad que se predicán de este, le son aplicables, además de los propios que están dispuestos para entender su alcance en cumplimiento del mandato contemplado en el artículo 49 de la Constitución.

La Corte resalta que los principios que deben orientar el diseño y la ejecución de las políticas públicas en materia de salud son transversales entre sí, esto es, todos los principios, tanto los que están contenidos en la Constitución y los dispositivos internacionales, deben considerarse un conjunto armónico e inescindible.

Lo anterior significa que la accesibilidad y la universalidad, por ejemplo, irradian el alcance del principio de obligatoriedad desarrollado en el artículo 153, núm. 3.4 de la Ley 100 de 1993 así: la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia. Por su parte, la 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”.

Igualmente, en sentencia T-752 de 2012, la Corte, recapitulando criterios inadecuados que usan los jueces de tutela para resolver asuntos de salud, referentes a este principio, señaló:

(...) la Ley 100 de 1993 señala en su artículo 153 que el Sistema de salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida. Lo cual implica que nadie puede quedar sin protección en salud, situación que se refuerza con la obligatoriedad prevista en ese mismo artículo, según la cual todas las personas deben estar cubiertas por el Sistema de Salud, ya sea de forma contributiva o subsidiada, pero en todo caso, protegidas en las contingencias de salud (...).

Bajo este entendido, se infiere 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.

## **INTERES SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD**

El artículo 44 de la Constitución Política estableció la preeminencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de las prerrogativas constitucionales de los demás, ello en atención a sus condiciones de indefensión y vulnerabilidad, las cuales suponen la necesidad de cuidado especial. En ese orden, estos derechos exigen de especial protección dadas las disposiciones previstas tanto en el ámbito internacional como en un Estado Social de Derecho.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su numeral 1 del artículo 3 estableció que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, determinó que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 19, estableció que los niños cuentan con una protección específica. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispuso, en su artículo 24-1, que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere y estas deben ser brindadas, tanto por su familia, como por la sociedad y el Estado.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha resaltado la importancia de los derechos fundamentales de los niños en diferentes oportunidades. A través de la sentencia C-507 de 2004 señaló que los derechos fundamentales de los niños se tratan de derechos de protección y, en tal virtud, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad. Al respecto también se ha dicho que:

“Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existen toda una serie de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral”.

En síntesis, la protección de los menores de edad no es “tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor”

Ahora bien, en el mismo artículo 44, la Constitución Política estableció, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores como derechos fundamentales. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, dada su condición de sujeto de especial protección, y en relación con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de los Niños, el compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores responde a que el interés del niño prevalece al momento de resolver cuestiones que le afecten. La Corte, desde sus inicios, estableció 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”.



En ese mismo orden, en la sentencia T-227 de 2006 se consideró que supeditar el derecho fundamental de una menor de edad, a un simple trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico desplazaba el principio de interés superior de la niña.

De igual manera, el derecho a la salud de los niños puede verse trasgredido, sin importar que el menor no padezca de una patología o no requiera un servicio médico específico, ya que el hecho de que este no se encuentre incluido en un sistema que le permita acceder en forma oportuna a los servicios de salud frente a cualquier enfermedad que pudiera llegar a padecer, vulnera el derecho a la seguridad social, de conformidad con los estándares internacionales y los propios previstos en la Constitución.

Así las cosas, 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.

#### **DEBERES DE LOS PADRES RESPECTO DE LA AFILIACION AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD.**

La Corte ha señalado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”, lo que implica el reconocimiento de la percepción dinámica y longitudinal de las diversas formas de fundar una familia. Igualmente, esta Corte, desde sus inicios, estableció que la procreación y/o crianza de menores de edad exige responsabilidad y compromiso de sus padres, lo cual también se extiende a la sociedad en general con el fin de lograr su adecuado desarrollo, sostenimiento y educación.

En cumplimiento de esos deberes parentales debe resaltarse el relativo a la afiliación del menor al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual garantiza que el niño, niña o adolescente desarrolle su vida en condiciones dignas.

Ahora bien, ese deber, tratándose del régimen contributivo, no solo es consustancial a la relación natural y/o jurídica, sino que permite materializar el principio de solidaridad. En este sentido, de conformidad con el artículo 160 de la ley 100 de 1993, -que consagra los deberes de los afiliados y beneficiarios del sistema de salud, se tiene una estrecha relación con el citado postulado dado que su finalidad es la de equilibrar las cargas del Estado, con lo cual y, de acuerdo con lo dicho al inicio de esta providencia, se satisface el compromiso de brindar las condiciones necesarias para el efectivo goce del derecho fundamental a la salud a partir de una distribución equitativa de cargas entre los progenitores, el Estado y las EPS.

Lo anterior significa que si bien, por una parte, es un deber de los padres de los menores de edad la vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cumplimiento de lo dispuesto en leyes ordinarias y acatando el principio de solidaridad; por otra, las Entidades Promotoras de Salud tienen el deber -en el caso de los menores de edad-, de garantizar, con mayor celo, el acceso a los servicios de salud en cumplimiento del interés superior del niño; y, a su vez, sobre el Estado recae la obligación de adoptar medidas positivas y progresivas que aseguren el efectivo acceso de los ciudadanos a los servicios de salud.

En ese orden de ideas, pese al compromiso que recae sobre los padres que cuentan con la posibilidad de acceder al régimen contributivo, esto es, el de vincular a su núcleo familiar en este régimen, a efectos de cumplir con el propósito de la mutua colaboración orientada a contribuir con la aspiración de una cobertura universal; en caso de no efectuarse, las EPS no

podrán desconocer que el derecho fundamental a la salud de los niños deberá prevalecer sobre los requerimientos administrativos dispuestos por las Entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Lo anterior significa, y vale la pena reiterarlo, que, si bien a las EPS no deben trasladarse las obligaciones que recaen sobre los padres, estas, en todo caso, no pueden desconocer el interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes al momento de solucionar las contingencias generadas por su estado de afiliación.

## **TRASLADO Y MOVILIDAD DE AFILIADOS ENTRE REGIMES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.**

Con el fin de materializar los principios señalados anteriormente, como son los de accesibilidad, libre escogencia, continuidad, solidaridad, obligatoriedad y universalidad-, en la actualidad se cuenta con dos importantes instrumentos, entre otros, la movilidad entre regímenes y traslado entre EPS.

El artículo 2.1.1.3 y el capítulo VII del Decreto 780 de 2016 establecen la distinción entre movilidad y traslado, tratándose entonces de dos figuras diferentes que, además de cumplir con las directrices antes mencionadas, permiten el acceso a los servicios de salud.

El traslado consiste en el derecho del cual gozan los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pertenecientes tanto al régimen contributivo como al subsidiado, de modificar la entidad prestadora de servicios, a la cual están afiliados, una vez cumplan el tiempo mínimo de permanencia.

Por su parte, la movilidad permite a los usuarios del sistema continuar en la misma EPS cuando por circunstancias económicas, como la pérdida de la calidad de cotizante o la adquisición de recursos para adquirirla, es obligatorio el cambio de régimen.

La movilidad entre regímenes está dirigida a efectuar una protección mayor del derecho fundamental a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social, pues para no comprometer la continuidad del servicio de salud de aquellos afiliados que pierden su calidad de cotizantes del régimen contributivo, pero pertenecen al nivel I y II del Sisbén o para aquellas poblaciones especiales que no cuenten con los recursos para afiliarse en el régimen contributivo, se prevé la permanencia en la misma EPS.

Lo propio puede predicarse de quienes, estando en el régimen subsidiado, adquieran los medios para convertirse en cotizantes del régimen contributivo, caso en el cual se les permite mantener la inscripción en la misma EPS modificando el tipo de régimen al cual pertenecen.

Cabe resaltar que para efectuar la movilidad entre regímenes es necesario que los afiliados manifiesten su voluntad de ejercerla para sí y para su núcleo familiar, esto es, el registro de la novedad con base en la declaración veraz de los datos informados y del cumplimiento de las condiciones para pertenecer a uno de los regímenes. El artículo 2.1.7.8 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 establece que “El afiliado deberá registrar la solicitud expresa de la movilidad a los integrantes de su núcleo familiar con derecho a ser inscritos, en el formulario físico o electrónico, de acuerdo con lo previsto en el decreto.”

Luego los cotizantes, las personas cabeza de familia y sus respectivos núcleos familiares cuentan con el derecho a la prestación continua de los servicios de salud sin que resulte posible la negativa por parte de la EPS de ofrecer los servicios, tratamientos o medicamentos establecidos en el plan de beneficios al cual se movilizó o trasladó, siempre que haya cumplido con los requisitos antes mencionados.

De igual manera, las EPS, en ejecución de las figuras de traslado o movilidad, deben abstenerse de efectuar acto alguno que llegue a comprometer la continuidad, eficiencia, solidaridad y universalidad del servicio de salud.

En conclusión, la movilidad entre regímenes deberá ser efectuada por la EPS en los casos en los cuales no procede el traslado a fin de garantizar el acceso a los servicios de salud de manera ininterrumpida, sin que esto signifique que a la EPS se traslada la obligación de registrar la novedad de movilidad de manera automática.

## DEL CASO EN CONCRETO

De un lado se tiene que el accionante pretende a través de esta acción constitucional, que se ordene a Compensar EPS la afiliación de su menor hija Isabela Roza Jaimes de 17 meses de edad, a fin de iniciar los controles y seguimiento médico que requiere, en virtud que la menor le fuera entregada por el ICBF el día 15 de junio de 2022, con ocasión al trámite de adopción quien, pero una vez solicitada la afiliación ante su EPS COMPENSAR, esta fue negada en virtud a que la menor se encontraba con afiliación activa con SALUD TOTAL.

De otro lado, tenemos que la EPS Compensar señaló que el accionante, señor MIGUEL FERNANDO MORENO FRANCO, no ha solicitado la inclusión de la menor ISABELA ROZO JAIME a su grupo familiar, empero indica el trámite que debe seguir ante esa entidad a fin de obtener el traslado solicitado, señalando que debe allegar el formulario único de afiliación y registro de novedades, adjuntando los documentos que acrediten la calidad de beneficiarios.

A su turno el ICBF señaló que son los padres adoptivos quienes deben solicitar la desafiliación al sistema de salud al cual el Estado tiene vinculada a la niña, en este caso particular, a la EPS.S SALUD TOTAL la cual no tiene argumento alguno para que niegue la desvinculación teniendo en cuenta que el padre presentó como documento el Acta de Ubicación en Medio Familiar Adopción, junto con el registro civil y el libro de varios en donde consta en la nota marginal, la declaratoria de adaptabilidad según la resolución No. 126 del 3 de marzo del 2022, proferida por el Defensor de Familia, quien de inmediato requirió mediante correo electrónico a la EPS SALUD TOTAL, solicitando desafiliar de la menor.

Luego si bien, con el escrito de tutela no se anexo solicitud alguna de desafiliación, tal como lo señala el ICBF, quien ante su bagaje, señala que no se requiere para el traslado más que los documentos señalados en el acápite anterior y que fueron entregados al padre, y que la EPS SALUD TOTAL y LA EPS COMPENSAR no han sido diligentes y realizar el trámite necesario para garantizar el derechos a la salud de la menor obstruyen el acceso a los servicios de salud y el claro irrespeto de las pautas que deben observarse cuando se trata de satisfacer los derechos de un grupo familiar, los cuales además tienen un carácter prevalente. no solo por el grupo familiar sino además porque se debe tener en cuenta que al tratarse de un asunto en el cual se reclaman los derechos de un menor de edad y estos son de orden constitucional, por ello esta sede judicial ordenará a la EPS que realice la movilidad entre regímenes a la menor, teniendo en cuenta que ya existe una solicitud radicada, tal como lo señaló la misa EPS COMPENSAR y así garantizar de manera continua e integral los servicios de salud a la menor, la cual deberá tramitar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sesenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá D.C., (Juzgado 46 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO:** TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el señor MIGUEL FERNANDO MORENO FRANCO EN CALIDAD DE AGENTE OFICIOSO DE LA MENOR ISABELA ROZO JAIMES, conforme las razones esbozadas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S-S y COMPENSAR EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo han realizado el traslado de la afiliación de Salud Total EPS a Compensar EPS de la menor ISABELA ROZO JAIMES.

**TERCERO:** Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito conforme prevé el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

**CUARTO:** En la oportunidad legal correspondiente, por secretaria envíese el expediente a la ilustrada Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991, en caso de no ser impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**LILIAM MARGARITA MOUTHON CASTRO  
JUEZ**

Firmado Por:

**Liliam Margarita Mouthon Castro  
Juez  
Juzgado Municipal  
Civil 064  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **84eb37a6ad10a6a29a8390e410bc0dad3edbb886ca445f4841a7f832ce143bb3**  
Documento generado en 23/06/2022 02:36:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>