

Sentencia T-089/18



Referencia: Expediente T-6.430.549

Acción de tutela instaurada por Marizol Romero Dueñas como representante legal de su hijo M.A.S.R¹ contra Cafesalud EPS y Salud Total EPS.

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en el asunto de la referencia, por el Juzgado Ochenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá D.C que denegó el amparo de los derechos fundamentales al acceso a la salud, a la vida, a la dignidad humana y a la prevalencia de los derechos de los niños al menor de edad M.A.S.R representado por su progenitora Marizol Romero Dueñas.

I. ANTECEDENTES

Marizol Romero Dueñas, actuando como representante legal del menor de edad M.A.S.R, interpuso acción de tutela contra las empresas promotoras de salud Cafesalud EPS, hoy Medimás, y Salud Total EPS por considerar vulnerados los derechos fundamentales al acceso a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de su hijo.

1. Hechos

1.1 La accionante manifestó que su representado –M.A.S.R- tiene 10 años de edad y hasta hace aproximadamente 3 años se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de Cafesalud, hoy Medimás

¹ Comoquiera que en el presente asunto se controvierten derechos relacionados con el núcleo familiar de un niño, la Sala Octava de Revisión suprimirá sus nombres completos, para en su lugar, mencionar únicamente las iniciales de su nombre, con la finalidad de proteger su derecho a la intimidad. Sobre el particular, consúltense casos similares en las sentencias T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-510 de 2003, T- 844 de 2011, T-398 de 2017, T-651 de 2017, entre otras.

EPS, en su núcleo familiar y en calidad de beneficiario del régimen subsidiado².

1.2 Informó que desde el 1 de mayo de 2016 la entidad promotora de salud suspendió la prestación del servicio al menor de edad. En razón de ello sostuvo comunicación con las oficinas administrativas de Cafesalud, hoy Medimás EPS, entidad que le indicó que la suspensión se debía a que el padre del menor se encontraba afiliado a Salud Total EPS en calidad de cotizante y, de conformidad con lo establecido por el régimen contributivo, el representado debía ser afiliado como su beneficiario.

1.3 Manifestó que la vinculación a Salud Total EPS por parte del padre del menor de edad es discontinua dado que aquel carece de una estabilidad laboral y, en consecuencia, la prestación del servicio de salud se ve interrumpida para su hijo. Aunando a lo anterior, aseguró que el señor César Augusto Sierra, padre del menor, actualmente se encuentra vinculado en calidad de beneficiario de su compañera permanente ante la aludida EPS.

1.4 En vista de lo anterior, dijo que ha solicitado en numerosas ocasiones la desafiliación de su hijo de Salud Total EPS en busca de su reintegro al régimen subsidiado de salud a través Cafesalud EPS.; sin embargo, siempre se ha negado el traslado con fundamento en que la normatividad exige que si uno de los padres figura como cotizante sus hijos deben afiliarse al régimen contributivo como beneficiarios. Adicionalmente argumentó que el menor no había cumplido el período mínimo de afiliación.

1.5 Finalmente, la accionante adujo carecer de medios económicos para acceder al régimen contributivo de salud o costear la atención particular que llegase a requerir el menor de edad. Asimismo, informó que en el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá se encuentra en trámite un proceso por inasistencia alimentaria contra el padre del representado.

2. Actuaciones del juez de primera instancia

Mediante auto del 1 de septiembre de 2017, el Juzgado Ochenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá admitió la acción de tutela, ordenó dar traslado a las entidades accionadas y vinculó a la Secretaría Distrital de Salud y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES-.

2.1 Respuestas allegadas al trámite de tutela

2.1.1 EPS Cafesalud

La apoderada judicial de Cafesalud EPS dio respuesta a la acción de tutela informando que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución

² Folios 10 a 25 cuaderno 2

002426 de 2017, autorizó la cesión total de los afiliados de Cafesalud EPS a la EPS Medimás S.A.S. Por lo anterior, solicitó la desvinculación de la EPS, toda vez que se realizó un traslado efectivo del usuario y de acuerdo con ello, la entidad *“no puede suministrar los servicios en salud a los usuarios que no se encuentren afiliados, ya que la UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN que se recibe es por cada afiliado adscrito a cada EPS. Por lo que para el presente caso la EPS que recibe dicha UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN es la única obligada a prestar todos los servicios requeridos por el accionante en el cual se encuentre afiliado el usuario”*.³

En suma, consideró que existía una falta de legitimación en la causa por pasiva y a su vez un imposible fáctico y jurídico para ser parte del proceso y, por ello, solicitó desvincular a la entidad de la acción.

2.1.2 La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES-

Por su parte, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES-, dio respuesta a la acción de tutela después de la expedición del fallo, aduciendo que de acuerdo con la normativa vigente es función de la EPS y no de esta entidad la prestación de los servicios de salud por lo que la vulneración de los derechos fundamentales no recaería en ella. Además, explicó que no es su función vincular o desvincular usuarios de regímenes o EPS y que la actualización de la información que reposa en sus bases de datos corresponde a las novedades reportadas por las entidades promotoras de salud. En síntesis, consideró evidente una falta de legitimación por pasiva de esta entidad⁴.

2.1.3 La Secretaría Distrital de Salud

La Secretaría Distrital de Salud, en oficio posterior a la emisión del fallo, expuso que de acuerdo con la encuesta del Sisbén que registran la accionante y su representado procede la unificación del núcleo familiar en el régimen subsidiado, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016. Asimismo, solicitó la desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, a su juicio, los responsables de solucionar el problema de afiliación del menor de edad son las EPS Medimás y Salud Total.⁵

3. Decisión de tutela objeto de revisión

El 14 de septiembre de 2017, el Juzgado Ochenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá resolvió *“denegar”* el amparo de los derechos invocados por la accionante al considerar que no obra prueba alguna que demuestre las solicitudes de activación y desactivación de los mismos servicios, además, no le resultó posible acreditar el requisito de subsidiariedad en razón a que: (i) la accionante no probó el ejercicio de los medios ordinarios de defensa, ante las

³ Folios 41 a 47 cuaderno 1.

⁴ Folios 53 a 56 cuaderno 2.

⁵ Folios 1 a 4 cuaderno 2.

EPS y, debido a esto, no se pudo determinar su idoneidad y eficacia para el caso concreto, y (ii) no se constató la existencia de un perjuicio irremediable, toda vez que el menor de edad no se encontraba “*en algún particular estado de salud o condición especial*”⁶.

4. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

4.1 Mediante Auto del 14 de noviembre de 2017, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional eligió para revisión el expediente de tutela de la referencia⁷.

4.2 A través de Auto del 6 de diciembre de 2017 se decretó la práctica de pruebas encaminadas a determinar la situación de afiliación actual del padre del accionante.

4.3 Posterior a las respuestas allegadas, mediante auto del 2 de febrero de 2018, se solicitó la aclaración de la información suministrada por Salud Total EPS y, a su vez, su complementación. En el mismo auto se dispuso solicitarle información a la señora Marizol Romero Dueñas y al Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Conocimiento⁸.

5. Pruebas que obran en el expediente

Con la demanda se aportaron las siguientes pruebas⁹:

5.1 Copia de cédula de ciudadanía de la señora Marizol Romero Dueñas.

5.2 Copia de citación a juicio oral en la cual figura como imputado el padre del menor, César Augusto Sierra Chaparro.

5.3 Copia de reportes ADRES- FOSYGA de Miguel Ángel Sierra Romero.

⁶ Folios 48 a 52 cuaderno 1.

⁷ Folios 4 a 16 cuaderno principal.

⁸ En razón a que la EPS Salud Total allegó oficio del 18 de diciembre de 2017 en el que informó que en su base de datos el señor César Augusto Sierra Chaparro se encontraba afiliado al régimen contributivo de salud desde el 16 de septiembre de 2016 adjuntando constancia de los beneficiarios de este con nota de “exclusión de beneficiario” sobre el menor de edad y los periodos de cotización sin fechas que ayudaran esclarecer el asunto; el Magistrado sustanciador decretó aclaración de pruebas de la siguiente manera: “*SOLICITAR A SALUD TOTAL EPS información sobre: ¿Cuál fue el motivo de desvinculación del menor M.A.S.R del núcleo familiar del señor César Augusto Sierra Chaparro?, Especificar las fechas de los periodos cotizados por el señor César Augusto Sierra Chaparro identificado con cedula de ciudadanía 5.951.183, Si el citado cotiza en calidad de dependiente o independiente y en caso de que se presente la primera figura, qué persona natural o jurídica realiza los aportes, Qué domicilio se registra a nombre del señor César Augusto Sierra Chaparro.// SOLICITAR a la señora Marizol Romero Dueñas información sobre: ¿Cuál es estado de salud actual del menor de edad M.A.S.R?, ¿Si M.A.S.R requiere actualmente alguna atención médica?, ¿Actualmente en qué estado se encuentra la afiliación del menor M.A.S.R al Sistema General de Seguridad Social en Salud?, Allegar copia del Registro Civil de Nacimiento del menor de edad, Informar la dirección de notificaciones del padre del menor M.A.S.R.//Tercero: SOLICITAR Al Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá la siguiente información: Qué domicilio se registra a nombre del señor César Augusto Sierra Chaparro en el proceso penal de alimentos en su contra con Radicado 110016000024200801015 y N.I: 194062”.*

⁹ Folios 1 a 9 cuaderno 2.

5.4 Copia de Certificado de estado de afiliación de M.A.S.R expedido por Cafesalud EPS, con fecha de retiro de 1 de mayo 2016.

5.5 Copia de Tarjeta de Identidad de M.A.S.R.

5.6 Copia de información de afiliación al Sistema de Seguridad Social expedido por ADRES de M.A.S.R

5.7 Copia de comprobador de derechos con fecha del 31 de agosto de 2017.

5.8 Copia de constancia de asistencia de la señora Marizol Romero Dueñas a audiencia de Juicio Oral por Inasistencia Alimentaria expedida por el Juzgado Trece Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá.

Durante el trámite de revisión se aportaron las siguientes pruebas¹⁰:

5.9 Certificado estado de afiliación del señor César Augusto Sierra Chaparro, individualización de los usuarios registrados como beneficiarios de este y periodos de cotización del padre del mencionado emitido por Salud Total EPS.

5.10 Oficio emitido por la EPS Salud Total en el que se fundamenta la desvinculación del menor de edad del núcleo del señor Cesar Augusto Sierra Chaparro.

5.11 Oficio emitido por la señora Marizol Romero Dueñas en el que complementa la información aportada al escrito de tutela.

5.12 Resultado de consulta en el Sistema General de Seguridad Social – ADRES-, de estado de afiliación de Marizol Romero Dueñas y del menor M.A.S.R.

5.13 Resultado de consulta de puntaje reportado por la madre del menor M.A.S.R en la página del Sisbén.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Debe la Sala determinar si se vulnera el derecho fundamental a la salud de un menor de edad desvinculado del Sistema General de Seguridad Social en salud

¹⁰ Folios 18 a 67 cuaderno principal.

por cuanto una EPS-S no admite su afiliación por tener vocación de ser beneficiario de un ciudadano con capacidad de pago y la EPS-C a la cual le correspondería asumir su afiliación al régimen contributivo la canceló a solicitud de persona diferente al cotizante.

Para resolver el problema jurídico planteado, se abordará (i) el derecho a salud, (ii) el interés superior del menor, (iii) los deberes de los padres respecto de la afiliación de los hijos al Sistema General de Seguridad Social en Salud y (iv) el traslado y movilidad entre regímenes.

3. Derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia

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”*¹¹ 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”*^{12 13}.

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 autónomo¹⁴ *“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 2015¹⁵, en su artículo 2º, reconoció el carácter fundamental autónomo e irrenunciable de la salud, así

¹¹ PIDESC 1966.

¹² Observación general nº 14.

¹³ Estos fundamentos normativos también fueron citados en la sentencia C-313 de 2014, por ejemplo.

¹⁴ Desde sentencia T-016 de 2007 se estableció el derecho a la salud como fundamental y autónomo.

¹⁵ Promulgada el 16 de febrero de 2015: *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*

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; sobre los cuales es conveniente hacer un breve desarrollo.

3.1 Principio de accesibilidad. Sobre este postulado es necesario precisar que es un elemento esencial para el efectivo desarrollo del derecho a la salud. La Ley Estatutaria de Salud¹⁶ lo define de la siguiente manera: “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*”.

Esta 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 desarrollo¹⁷, dentro de los cuales encontramos la accesibilidad al servicio. Esta Corporación¹⁸ 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

¹⁶ Ley 1751 de 2015.

¹⁷ El Comité DESC expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la “accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad.”

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1087 de 2007, MP, Jaime Córdoba Triviño.

siguientes lineamientos (...)” (Sentencia T-585 de 2012.)¹⁹. (Las negrillas son del texto original)”²⁰

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.

3.2 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 débil²¹.

Esta Corporación ha manifestado 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”²²* (subrayado fuera del texto original).

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.

3.3 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 integridad²³. Esta Corte ha sostenido,

¹⁹ En este mismo sentido, ver la Sentencia T-583 de 2007 y T-905 de 2005.

²⁰ C-313 de 2014.

²¹ Ver sentencias T-173 de 2012 y T-447 de 2014.

²² Ver sentencia sentencia C-529 de 2010.

²³ Numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

de manera reiterada²⁴ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-479-12.htm> - ftn18 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 esta Corporación²⁵ 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, esta Corporación 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 Constitución²⁶. 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.

3.4 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 1993²⁷ y el artículo 45 del Decreto 806 de 1998. Posteriormente, el artículo 3.12 de la Ley 1438 de 2011²⁸ desarrolló este principio de la siguiente manera:

²⁴ T-1210 de 2003, T-777 de 2004, T-126 de 2008, T-479 de 2012, T-697 de 2014, T-448 de 2017, por ejemplo.

²⁵ T-126 de 2008, T-479 de 2012, T- 599 de 2015 T- 016 de 2016, T-448 de 2017, por ejemplo.

²⁶ Ver Sentencias T-140 de 2011 en la que se ratifica lo considerado en la sentencia T-573 de 2005, T-124 de 2016, por ejemplo.

²⁷ Artículos 153 num. 3.12, 156, literal g) y 159 num. 3

²⁸ "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

“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- establece²⁹ el propósito de este principio y prevé, por supuesto, las circunstancias excepcionales en las cuales el mismo podría encontrar limitaciones³⁰.

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”.*³¹

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”*³².

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.

3.5 Principio de cobertura universal. Sobre este principio cabe resaltar que 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 salud³³. 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*

²⁹ Artículo 2.9.2.5.4 del Decreto 780 de 2016.

³⁰ Artículos 2.1.11.1, 2.1.11.12 y 2.1.5.1 parágrafos 3, 2.1.5.3, 2.1.6.2 y 2.1.6.4 *ibidem*

³¹ Auto 591 de 2016, que reitera lo dicho en sentencias T-010 de 2004, T-760 de 2008 (4.2.6.), T-448 de 2017, por ejemplo. Este principio también es desarrollado en las sentencias C-915 de 2002, T-436, de 2004, T-024 y T-207 de 2008, T-1055 de 2010 T-745 de 2013, C-313 de 2014, entre otras.

³² T-448 de 2017 que complementa la T-126 de 2010.

³³ Sentencia T-760 de 2008 refiriéndose a la ponencia para primer debate del proyecto de ley respectivo.

protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”³⁴.

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 fundamentales³⁵ 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 aquella³⁶.

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.

De la misma manera, 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 calidad³⁷.

En este punto debe anotarse que en la propia Ley 100 de 1993 se advierten los primeros esfuerzos por lograr estos cometidos, comoquiera 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-³⁸.

Por su parte, y con el ánimo de lograr ese objetivo, la Ley 1122 de 2007 estableció unos límites temporales; sin embargo, como la materialización de estas aspiraciones no ha sido eficaz, esta Corte ha intervenido a fin de concretar los ideales impuestos por la Constitución y la ley. Fue así como uno de los antecedentes jurisprudenciales más destacables en cuanto al clamor de un sistema de seguridad social que cumpla las promesas del Estado Social de Derecho –sentencia T-760 de 2008- impuso que la meta de alcanzar la

³⁴ Art. 2, literal b) de la Ley 100 de 1993.

³⁵ Sobre el principio de progresividad en sentencia C-493 de 2015, reiterada en la sentencia C-213 de 2017 se dijo que: “El principio de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico”.

³⁶ Artículo 2 de la C.P.

³⁷ Sentencia T-760 de 2008

³⁸ Arts. 157, 202 y 211.

cobertura universal y sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se logren en la fecha fijada por la Ley –antes de enero de 2010–.

Posteriormente, el artículo 30 de la Ley 1438 de 2011, en consonancia con el artículo 153 num. 2 de la Ley 100 de 1993, dispuso que todos los ciudadanos del territorio nacional debían encontrarse afiliados al Sistema y, a su vez, obligó al Gobierno a definir los territorios de población dispersa³⁹.

Actualmente, 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.⁴⁰

Asimismo, esta 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”*⁴¹.

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 constitucionales⁴².

³⁹ Auto 099 de 2014

⁴⁰ Artículos 2.10.1.1.2, 2.4.16 y 2.10.1.1.2 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016

⁴¹ Referencia de la sentencia C-130 de 2002, Similares conceptos se ofrecen en las sentencias C-040 de 2004, C-543 de 2007, T-760 de 2008, 2008, T-866 de 2011, A-099 de 2014, entre otras.

⁴² Ver al respecto, Pacto de San José (CADH, 1969), “artículo 26.- *Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*” // “Numeral 2 artículo 10 protocolo San Salvador: *“ Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado”, en la misma línea, ver sentencias C-671 de 2002: “La Constitución y los tratados de derechos humanos señalan que si bien los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata e integral, sin embargo los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación”.*// T-760 de 2008: *El principal instrumento para garantizar que la universalidad sea una realidad es la creación del sistema subsidiado, que ofrecerá financiamiento especial para aquellos con menor capacidad de pago. El sistema no podrá, como ahora sucede, discriminar por razón de capacidad de pago o riesgo a ningún usuario. Este es el principal instrumento para lograr efectivamente la ampliación de la cobertura, que es mandato constitucional.*”, por ejemplo.

3.7. 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 Sala debe anotar 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, num. 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”⁴³.

Igualmente, en sentencia T-752 de 2012, esta Corporación, 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.

4. Interés superior del menor de edad

⁴³ T-358 de 2009 T-638 de 2015, T-478 de 2016

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 Derecho⁴⁴.

Por ejemplo, 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 específica⁴⁵. 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 Estado⁴⁶.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha resaltado la importancia de los derechos fundamentales de los niños en diferentes oportunidades.⁴⁷ A través de la sentencia C-507 de 2004 señaló que los derechos fundamentales de los niños se tratan de derechos de protección⁴⁸ y, en tal virtud, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad. Al respecto también se ha dicho que:

⁴⁴ T-260 de 2012, C-239 de 2014, T-398 de 2017, entre otras.

⁴⁵ El artículo 19 de la Convención establece: *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

⁴⁶ *“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*

⁴⁷ T-067 y T-068 de 1994, T-907 de 2004, T-307 de 2006, T-868 de 2009 T-218 de 2013, T-405A de 2013, T-200 de 2014, T-162 de 2015, T-362 de 2016.

⁴⁸ *“Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubija a todas las personas (...)”*// en sentencia T-717 de 2011:“(…) la Corte recordó que los derechos de protección en contraposición a los de libertad, le imponen al Estado obligaciones de hacer, respecto de la garantía de los mismos. Conforme a esto, se deben adoptar medidas tanto fácticas como normativas para lograr la efectiva salvaguarda de estos derechos”.

“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”⁴⁹.

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”⁵⁰.*

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 Niños⁵¹, 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 afecten⁵². 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”⁵³.

⁴⁹ Sentencia T-307 de 2006.

⁵⁰ Sentencia C-507 de 2004.

⁵¹ Artículo 24-1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

⁵² Sentencias T-972 de 2001, T-307 de 2006, T-218 de 2013, por ejemplo.

⁵³ SU-043 de 1995

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 otra parte, en sentencia T-585 de 2007, la Corte resolvió el caso de una menor de edad que no pudo recibir la atención médica que requería ya que la EPS Cafesalud no le permitió afiliarse al sistema como beneficiaria de su abuelo, argumentando que *“para la niña poder acceder al sistema, él [abuelo] deb[ía] afiliarse “como independiente con un costo aproximado mensual” de \$91.000, o afiliarse la madre como cotizante y la niña como beneficiaria, pagando \$53.000.”* En este asunto, el abuelo y la madre de la menor manifestaron no contar con recursos para poder realizar la afiliación de esta forma.

Para dar solución a la situación fáctica planteada, la Corte reiteró lo establecido en precedencia, señalando que *la atención integral en salud del recién nacido por cuenta de las instituciones que hacen parte del sistema general de seguridad social en salud (EPS, ARS e IPS) no puede condicionarse al cumplimiento de los requisitos relacionados con la vinculación directa o indirecta de éste (sic) a determinado grupo familiar*⁵⁴. (Subrayado del texto original)⁵⁵.

En la misma línea, en sentencia T-218 de 2013 se estudió el caso de una menor de edad que pese a no presentar una afectación en su salud que requiriera tratamiento médico, no se encontraba vinculada a un sistema de seguridad social en salud que le brindara la atención y prevención adecuadas para las patologías que podría llegar a sufrir. En esta oportunidad, la Corte consideró que existió:

*“(…) Una evidente vulneración del derecho fundamental de los menores al más alto nivel posible de salud, por cuanto deja a la menor B.B⁵⁶ en un estado de desamparo en relación con la prestación de los servicios médico – asistenciales a los que tiene derecho. Además, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que los funcionarios encargados de aplicar las normas relativas a la prestación de los servicios de salud **deberán siempre seguir, como principio orientador de sus decisiones, el interés prevaleciente y superior del menor***⁵⁷” (El resaltado es del texto original)

En este sentido, 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

⁵⁴ Sentencia T-2018 de 2013.

⁵⁵ Estas expresiones son tomadas por la sentencia T-585 de 2007 de la T-1199 de 2003, la cual, a su vez, también cita la T-953 de 2003.

⁵⁶ En esta oportunidad se omite el nombre de la menor de edad.

⁵⁷ Sentencia T-907 de 2004

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 Constitución⁵⁸.

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 edad⁵⁹.

5. Deberes de los padres respecto de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de sus hijos menores de edad

Esta Corporación ha señalado que la Constitución “*consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos*”⁶⁰, 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,⁶¹ 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-⁶², 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

⁵⁸ Sentencia T-1093 de 2007.

⁵⁹ Artículo 153, num. 3.5 de la Ley 100 de 1993. Sentencias T-606 de 2013 y T-162 de 2015, por ejemplo

⁶⁰ C-577 de 2011 y SU-617 de 2014.

⁶¹ Sentencia T-182 de 1999

⁶² “deben ser cumplidos en su integridad para que el derecho a la prestación de los servicios de salud pueda hacerse exigible ante las entidades encargadas de la promoción y prestación de tales servicios” // dentro de los cuales se encuentra “*Afiliarse con su familia al sistema general de seguridad social en salud*”

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 solidaridad⁶³; 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.

6. Traslado y movilidad de afiliados entre regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Con el fin de materializar los principios antes aludidos –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 movilidad⁶⁴ y traslado⁶⁵, 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.

⁶³ Como ya se dijo, con el fin de equilibrar las cargas del Estado.

⁶⁴ Artículo 2.1.1.3 - 9 ibídem.

⁶⁵ Artículo 2.1.1.3- 15 ibídem.

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.

En ese sentido, cuando se trata de traslado el afiliado cotizante o cabeza de familia debe cumplir con los siguientes requisitos para ejercer su derecho⁶⁶:

- (i) *Encontrarse inscrito en la misma EPS por un período mínimo de un (1) año contado a partir del momento de la inscripción.*
- (ii) *No encontrarse internado él o algún miembro de su núcleo familiar en una institución prestadora de servicios de salud.*
- (iii) *El cotizante independiente deberá encontrarse a paz y salvo con la EPS.*
- (iv) *Inscribir la solicitud de traslado de todos los integrantes de su núcleo familiar.*

Igualmente, 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 EPS⁶⁷.*
- (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 Salud⁶⁸.*
- (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.*

⁶⁶ Artículo 2.1.7.2 del ibídem.

⁶⁷ Según el párrafo 1 del citado artículo, esta excepción opera solo para los municipios donde se haya aplicado la medida de revocatoria parcial o el retiro.

⁶⁸ Ibídem.

- (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.*

Ahora bien, los requisitos para que opere la movilidad consisten en:

- (i) Pertener a los niveles I y II del Sisbén o hacer parte de las comunidades indígenas, población desmovilizada, población rom, personas incluidas en el programa de protección de testigos o ser víctimas del conflicto armado⁶⁹.
- (ii) Haber solicitado la movilidad ante la EPS⁷⁰.

Tenemos entonces que 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 pertenecen⁷¹.

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 lo siguiente:

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Artículo 2.1.7.8 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016

⁷¹ Artículo 2.1.7.7 y 2.1.7.14. del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016

“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 presente decreto.

La novedad de movilidad del régimen contributivo al régimen subsidiado deberá ser registrada por el afiliado al día siguiente de la terminación de la vinculación laboral o de la pérdida de las condiciones para seguir cotizando como independiente y a más tardar el último día calendario del respectivo mes o al día siguiente del vencimiento del período de protección laboral o del mecanismo de protección al cesante, si los hubiere.

La novedad de movilidad del régimen subsidiado al régimen contributivo deberá ser registrada por el afiliado el día en que adquiere una vinculación laboral o las condiciones para cotizar como independiente”.

En ese orden, 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 trasladó⁷², 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.

Adicionalmente, es necesario resaltar que el decreto mencionado establece que la desafiliación, salvo que medie la voluntad del afiliado, solo se producirá por el fallecimiento del afiliado, lo que permite inferir que una EPS trasgrede el derecho fundamental a la salud de un usuario en el momento de desafiliarlo, en lugar de modificar el régimen o, en otras palabras, de movilizarlo, pues se trata de una circunstancia administrativa y económica que no debe interferir con la continuidad en la prestación de los servicios 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.

Con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala abordará el caso concreto.

⁷² La jurisprudencia ha dicho que: “la decisión de cambio de Empresa Promotora de Salud no afecta la continuidad del servicio público de salud, como quiera que corresponde prestar la atención médica a la EPS que se retira el trabajador, hasta el día anterior a la vigencia de la nueva relación contractual”. Sentencia T-1029 de 2000, reiterada en sentencia T-270 de 2005, al respecto sentencias T-760 de 2008, T.681 de 2014 T-296 de 2016 por ejemplo.

7. Caso concreto

De manera previa al examen de los requisitos establecidos para acceder a las pretensiones expuestas en la demanda se analizará la procedencia de la acción del amparo, esto es, la legitimación por activa y por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad.

Sobre la legitimación por activa, es necesario recordar que el artículo 86 de la Constitución Política estableció que toda persona puede presentar acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados. Respecto de la legitimidad para el ejercicio de dicha acción, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, estableció lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”

De lo anterior se concluye que la titularidad de la acción de tutela se encuentra, en principio, en cabeza del directamente afectado; sin embargo, esta puede ser interpuesta por un tercero cuando: *“(i) quien actúa es el representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados, (ii) el accionante es el apoderado judicial de aquel que alega sufrir un menoscabo a sus derechos, o (iii) el tercero actúa como agente oficioso⁷³”*.

En el presente caso este aspecto no ofrece discusión, toda vez que el menor de edad actúa a través de su representante legal.

Respecto de la legitimación por pasiva, se concluye que las EPS Salud Total y Medimás son entidades particulares prestadoras de los servicios públicos de salud en las que se encuentran afiliados los progenitores del menor de edad, sin que este último esté gozando de la calidad de beneficiario de alguno de los dos núcleos familiares en atención a que ambas entidades han evadido la afiliación del menor.

En relación con el requisito de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunos eventos en los cuales la acción de tutela resulta procedente aun cuando exista otra vía, a saber:

⁷³ Ver sentencias T- 531 de 2002, T-492 de 2006, T-552 de 2006, T-798 de 2006, T- 947 de 2006, T-301 de 2007, T-995 de 2008, T-330 de 2010, T-677 de 2011 y T-214 de 2014.

“(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; // (ii) Aún (sic) cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; // (iii) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas etc.) y, por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”⁷⁴.

En el caso del derecho a la salud, la Ley 1122 de 2007 previó un mecanismo para resolver controversias entre los usuarios y las EPS, cuyo trámite está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, respecto de este medio, la Corte también ha expuesto su criterio en torno de su idoneidad y eficacia, sobre las cuales ha concluido que *“existen 2 falencias graves en la estructura de este especial procedimiento”⁷⁵, estas son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada se pueda interponer⁷⁶ y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado”⁷⁷.*

En el fallo mencionado se concluyó que la inexistencia de un término para resolver el recurso de apelación implicaría que el trámite tenga una duración indefinida, lo cual, en casos de personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, deja en evidencia que el medio es inidóneo y carece de eficacia.

Adicionalmente, cuando el caso a estudiar versa sobre derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, esta Corte ha establecido que el examen del requisito de la subsidiariedad no se somete a la misma rigurosidad con la cual se examinan los demás asuntos, sino que deberá asumirse de conformidad con el interés superior del menor y el carácter prevalente de sus derechos fundamentales. Sobre el particular, esta Corporación en sentencia de unificación SU-696 de 2015 compendió la línea consolidada de la Corte en materia de subsidiariedad frente de los derechos de los niños, de la siguiente manera:

⁷⁴ Sentencia T- 291 de 2014, la cual reitera las sentencias T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, y T-1012 de 2003.

⁷⁵ Se llama la atención en que si bien esta Corporación en las Sentencias C-117 y C-119 de 2008 estudió la constitucionalidad de este procedimiento y determinó que se encontraba de acuerdo con el ordenamiento jurídico superior, la Corte jamás se pronunció respecto de su idoneidad y eficacia.// Se destaca que, en Sentencia C-117 de 2008, la Corte evaluó el posible desconocimiento al principio de (i) imparcialidad e independencia en la administración de justicia, como producto de que, con ocasión a las facultades otorgadas, el ente que ejerce la vigilancia y control de las EPS. es el mismo que ahora entra a juzgarlas respecto de las controversias allí contempladas, y (ii) doble instancia, pues no se dispuso expresamente la manera en que se impugnará lo decidido.// Por su parte, en Sentencia C-119 de 2008 se estudió si la norma en comentarios otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud competencias que constitucionalmente habían sido exclusivamente otorgadas a los jueces de tutela.

⁷⁶ Ver, entre otras, las Sentencias T-728 de 2014 y T-121 de 2015.

⁷⁷ Sentencia T-529 de 2017.

*“11. Además, la jurisprudencia de la Corte ha señalado de manera clara, sostenida y consistente⁷⁸ que, cuando se trata de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la regla de subsidiariedad es menos rigurosa y se debe atender de manera primordial el interés superior de los menores de edad. En este sentido, en la **sentencia SU-961 de 1999**, la Sala Plena de esta Corporación, al analizar si la tutela prospera cuando existieran otros mecanismos judiciales para impugnar una decisión determinada, señaló que el juez constitucional está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a la persona que acude a la tutela, en cada caso concreto. Si no es así, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, y el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, caso en el cuál es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales. Así, la existencia de las otras vías judiciales pertinentes debe ser analizada en cada caso concreto en cuanto a su eficacia e idoneidad. Por ello, acogiendo lo dicho por la **sentencia T-034 de 2014**, si el medio no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral para el derecho comprometido, es procedente conceder la tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados⁷⁹”.*(Las negrillas son del texto original).

En síntesis, si bien la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, cuando con ella se busca salvaguardar derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, la aplicación de dichas reglas no deberá realizarse con la misma rigurosidad dado el interés del menor y el carácter prevalente sobre los derechos fundamentales de estos, luego, mecanismos como el previsto en la Ley 1122 de 2007, en el cual se advierten fallas de idoneidad y eficacia, deben ceder ante las especiales condiciones del sujeto cuya protección se solicita.

A su vez, cabe resaltar que la accionante, contrario a lo sostenido por el juez de instancia, desplegó actuaciones administrativas ante la EPS Salud Total para solucionar la desvinculación del menor de edad de su núcleo familiar, esto es, agotó los medios que se encontraban a su alcance para obtener la satisfacción de sus pretensiones.

⁷⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-572 de 2009; T-090 de 2010; T- 671 de 2010; T-502 de 2011; T-844 de 2011; y T-214 de 2014

⁷⁹ SU-961 de 1999.

En relación con la inmediatez se observa que la desafiliación fue efectuada el 31 de mayo de 2017 y la acción de tutela fue interpuesta el 31 de agosto de 2017. Es decir, que transcurrieron tres meses desde que se realizó la desvinculación de M.A.S.R del núcleo familiar del padre hasta la presentación de la acción de tutela, lo que para la Sala es un tiempo razonable⁸⁰, dado que según la demanda, la señora Marizol Romero Dueñas estuvo adelantando gestiones atrás encaminadas a superar dicha contingencia.

Superado el anterior análisis, la Sala se concentrará en el examen del devenir procesal y probatorio para definir si en este caso procede la concesión del amparo.

En cumplimiento de ese objetivo, de conformidad con los resultados de la consulta de estado de afiliación de ADRES⁸¹, se pudo establecer que el menor de edad -M.A.S.R-, pese a contar con dos núcleos familiares para acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues su padre se encuentra afiliado a la EPS Salud Total en el régimen contributivo y su progenitora en la EPS Medimás en el régimen subsidiado, actualmente el niño se halla desprovisto de la protección en salud y en seguridad social.

De acuerdo con esa consulta, el menor de edad figura como desafiliado de Salud Total⁸² y en cuanto a la consulta de los padres en la página oficial de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, se evidencia que el padre pertenece al régimen contributivo a través de la EPS Salud Total a partir del 24 de agosto de 2004 como afiliado cotizante y, a su vez, la madre se encuentra vinculada al régimen subsidiado mediante la EPS Medimás como cabeza de familia desde el 1 de diciembre de 2015.⁸³

Debe recordarse que este trámite se origina en la pretensión de la representante legal del niño dirigida a que se ordene a la EPS Medimás que gestione el ingreso del menor como beneficiario de su núcleo familiar, operando así el traslado de EPS entre la entidad mencionada y la EPS Salud Total. Esta solicitud, según la demanda, se sustenta en la inestabilidad laboral del padre de aquel con la consecuente discontinuidad en la prestación del servicio de salud⁸⁴.

Ahora bien, según las diligencias,⁸⁵ la EPS Medimás ha negado el traslado pretendido en cumplimiento de la normativa que exige la afiliación de los hijos como beneficiarios cuando uno de los padres ostente la calidad de cotizante al sistema; sin embargo, a partir del 31 de mayo de 2017, el menor de edad figura como desafiliado del núcleo familiar del padre, sin que otra entidad hubiera asumido su inscripción.

⁸⁰ Al respecto, sentencias T-828 de 2011, T-326 de 2012, T-137 de 2017, por ejemplo.

⁸¹ Folios 39 a 41 de cuaderno principal.

⁸² Folios 41 y 50 de cuaderno principal

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Folios 23 cuaderno 2 y folios 56 y 57 de cuaderno principal.

⁸⁵ Folio 11 cuaderno 2.

Sobre el particular, esta Corporación solicitó a la EPS Salud Total aclarar la información aportada al expediente, frente a lo cual, mediante oficio del 8 de febrero de 2018, indicó que la desvinculación de M.A.S.R del núcleo familiar del señor Cesar Augusto Sierra Chaparro se había efectuado en razón de la solicitud de la madre, ya que esta argumentó la suspensión constante de los servicios de salud del padre y la falta de contacto con él ⁸⁶. Por su parte, la EPS Medimás, pese al estado actual de desafiliación y a las solicitudes reiterativas de la madre no realizó la afiliación del niño.

Adicionalmente, cabe resaltar, por una parte, que el artículo 2.1.3.8 del Decreto 780 de 2016 establece que la vinculación de un beneficiario al Sistema General de Seguridad Social en Salud se genera cuando el afiliado realiza su registro en el Sistema Transaccional e inscripción ante la EPS a través de los formularios correspondientes. En este sentido, la individualización del grupo familiar del afiliado se encuentra sujeta al registro e inscripción que este último realiza, quien también tiene el deber de excluir a aquellos miembros a quienes les desaparecen las condiciones que permitían su inclusión en el núcleo familiar. Por ejemplo, cuando los hijos superan el límite de edad establecido, salvo que tengan una incapacidad permanente⁸⁷.

Bajo este entendido, la potestad de establecer quién hace parte del núcleo familiar, siempre que acredite las exigencias previstas en la ley, depende del afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De otro lado, una EPS solo puede realizar la desafiliación de un usuario de acuerdo con las causales de los artículos 2.1.3.1 párrafo 2 y 2.1.3.17 del mismo decreto, a saber:

“Artículo 2.1.3.1 Parágrafo 2o. La desafiliación al Sistema solo se producirá por el fallecimiento del afiliado.

Artículo 2.1.3.17. Terminación de la inscripción en una EPS. La inscripción en la EPS en la cual se encuentra inscrito el afiliado cotizante y su núcleo familiar, se terminará en los siguientes casos:

- 1. Cuando el afiliado se traslada a otra EPS.*
- 2. Cuando el empleador reporta la novedad de retiro laboral del trabajador dependiente y el afiliado no reporta la novedad de cotizante como independiente, como afiliado adicional o como beneficiario dentro de la misma EPS y no opere o se hubiere agotado el período de protección laboral o el mecanismo de protección al cesante, ni la movilidad entre regímenes conforme a las normas previstas en la presente Parte.*

⁸⁶Folios 49 a 55 de cuaderno principal.

⁸⁷ Artículo 2.1.3.6, numerales 3 y 4 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016

3. *Cuando el trabajador independiente no reúne las condiciones para ser cotizante, no reporte la novedad como afiliado adicional o como beneficiario dentro de la misma EPS y no opere o se hubiere agotado el período de protección laboral o el mecanismo de protección al cesante, ni la movilidad entre regímenes conforme a las normas previstas en la presente Parte.*
4. *Cuando, en el caso de los beneficiarios, desaparezcan las condiciones establecidas en la presente Parte para ostentar dicha condición y no reporten la novedad de cotizante dependiente, cotizante independiente, afiliado adicional o de movilidad entre regímenes conforme a las normas previstas en la presente Parte.*
5. *Cuando el afiliado cotizante y su núcleo familiar fijen su residencia fuera del país y reporte la novedad correspondiente a la EPS o a través del Sistema de Afiliación Transaccional.*
6. *Cuando el afiliado cumpla con las condiciones para pertenecer a un régimen exceptuado o especial legalmente establecido.*
7. *Cuando por disposición de las autoridades competentes se determine que personas inscritas en una EPS del régimen subsidiado reúnen las condiciones para tener la calidad de cotizantes o para pertenecer al régimen contributivo.*
8. *Cuando la prestación de los servicios de salud de las personas privadas de la libertad y los menores de tres (3) años, que convivan con sus madres en los establecimientos de reclusión, esté a cargo del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad. En el caso de las personas privadas de la libertad que se encuentren obligadas a cotizar, la terminación de la inscripción sólo aplicará para el cotizante y el menor de tres (3) años que conviva con la madre cotizante.*

PARÁGRAFO 1o. Cuando el afiliado cotizante y su núcleo familiar fijen su residencia fuera del país deberán reportar esta novedad a más tardar el último día del mes en que ésta se produzca y no habrá lugar al pago de las cotizaciones durante los periodos por los que se termina la inscripción.

Cuando el afiliado cotizante que fije su residencia fuera del país no reporte la novedad se mantendrá la inscripción en la EPS y se causará deuda e intereses moratorios por el no pago de las cotizaciones, en los términos previstos en el artículo 2.1.9.3 del presente decreto, según el caso.

Cuando el afiliado regrese al país deberá reportar la novedad al Sistema de Afiliación Transaccional mediante la inscripción en la

misma EPS en la que se encontraba inscrito y reanudar el pago de sus aportes.

PARÁGRAFO 2o. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, las novedades previstas en la presente Parte deberán reportarse directamente a la EPS”.

Por fuera de las referidas causales la EPS no tiene la posibilidad de desvincular a un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de ahí que cualquier modificación que se pretenda o quiera realizar sobre las personas que componen el núcleo familiar, como ya se dijo, depende exclusivamente del afiliado.

En razón de ello, la desafiliación del menor M.A.S.R del núcleo familiar del señor Cesar Augusto Sierra Chaparro solo debió proceder por solicitud de este último y no por la de la progenitora del niño, como fue informado por Salud Total EPS⁸⁸.

En relación con los deberes de los padres, los cuales subsisten aun cuando ya no exista vínculo entre ellos⁸⁹, los artículos 2.1.3.6, 2.1.4.1 y 2.1.4.2 del consabido Decreto 780 de 2016 establecen la composición del núcleo familiar y, al mismo tiempo, la obligación de afiliación de los hijos como beneficiarios del padre o madre vinculado al régimen contributivo.

Lo anterior, puesto que el Sistema General de Seguridad Social en Salud cuenta con recursos limitados, por lo que requiere una distribución de cargas entre el Estado, las EPS y los afiliados para así dar cumplimiento de los principios antes mencionados.

Una interpretación sistemática de todas las normas citadas, así como de los principios que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, permite concluir que la afiliación de los menores de edad en el régimen contributivo, siempre que se cumplan los supuestos para permanecer en dicha calidad, es un deber de los padres y, a la vez, satisface el propósito de una efectiva protección de las contingencias individuales como el resultado de un trabajo colectivo entre el Estado, las EPS y los afiliados del sistema.

Así las cosas, en el caso concreto, el señor César Augusto Sierra Chaparro, padre del menor, en su calidad de trabajador dependiente, como consta en la relación de aportes allegados por la EPS Salud Total⁹⁰, tiene la capacidad de contribuir al sistema, por lo que, en principio, a efectos de equilibrar las cargas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y garantizar la sostenibilidad financiera del mismo, no se encuentra ningún motivo que justifique que el menor de edad sea trasladado al régimen subsidiado, siempre y cuando uno de sus progenitores permanezca como afiliado cotizante.

⁸⁸ Folio 50 de cuaderno principal

⁸⁹ Código Civil, art. 253. La norma en cita dispone que: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”.

⁹⁰ Folios 18 a 25 y 49 a 55 cuaderno principal

Ahora bien, ante la presunta inestabilidad laboral del padre de M.A.S.R, deben tenerse presentes las consideraciones expuestas sobre la figura de la movilidad entre regímenes, la cual está prevista para simplificar y facilitar el acatamiento de los principios constitucionales como de las disposiciones internacionales. Esta herramienta asegura que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, siempre que medie su voluntad, permanezcan afiliados a la misma EPS sin el agotamiento de los trámites de traslado, pues ello puede constituir trabas administrativas que ponen en riesgo la continuidad en la prestación del servicio.

Bajo esta lógica, le corresponde a las EPS, previa solicitud, realizar la movilidad de aquellos usuarios cuyas circunstancias económicas variaron y, en consecuencia, dejen de contribuir al sistema o, por el contrario, empiecen a realizar aportes a este.

A través de escrito fechado el 15 de febrero de 2018, suscrito por la madre del menor de edad⁹¹, se pudo constatar que si bien aquel no presenta afecciones en su salud que requieran tratamiento médico en la actualidad, como se dijo en precedencia, no se encuentra vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud que le proporcione la atención y prevención adecuada a las patologías que podría llegar a presentar. En razón de ello, es evidente la transgresión al derecho de la salud del menor en su dimensión de accesibilidad y el desconocimiento del interés prevalente del niño.

En suma, en virtud del principio del interés superior de los menores, como se desarrolló en precedencia, esta Corte ha establecido que al tratarse de un niño, niña o adolescente, la hipótesis de vulneración se amplía; de este modo, que M.A.S.R no se encuentre incluido en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por ende, no tenga asegurada la prestación oportuna de los servicios correspondientes, se considera una vulneración del derecho a la salud.

Para recapitular el asunto, se tiene que el menor, de cara al Sistema General de Seguridad Social, tiene la potencialidad de hacer parte de dos núcleos familiares, uno de ellos, el que lidera el progenitor, pertenece al régimen contributivo y el otro, el liderado por la progenitora, inscrita en el régimen subsidiado, luego, es preciso definir en cuál de los dos núcleos debe permanecer M.A.S.R.

En precedencia se definió que aquel debe permanecer en el régimen contributivo a través de Salud Total EPS, comoquiera que la información aportada da cuenta de que el progenitor del menor se encuentra activo como cotizante y que existen herramientas normativas que permiten asegurar el servicio de salud en caso de que dicha anotación varíe –movilidad entre regímenes-.

⁹¹ Folios 56 y 57 de cuaderno principal

Esta solución encuentra sustento en el desarrollo de los principios que orientan el Sistema General de Seguridad Social en Salud que fue realizado en precedencia, según el cual, con el fin de que toda la población esté cubierta por el servicio de salud es necesario que cuando un ciudadano tenga la capacidad de contribuir con el sistema, el régimen que prevalezca sea el contributivo.

En el caso particular, la atención del menor debe proporcionarse con cargo a un presupuesto que tiene cuotas particulares, lo cual asegura la sostenibilidad del sistema y con ello la garantía de una cobertura obligatoria y universal. Aceptar que de manera definitiva el menor pertenezca al régimen subsidiado implica que su atención sea asumida con cargo a un presupuesto exclusivamente público, esto es, en el cual no hay aportes privados, en desmedro del propósito común de lograr una cobertura universal y eficaz de toda la población.

De otro lado, también debe concluirse que las actuaciones de las EPS, de conformidad con la Constitución, la normativa y la jurisprudencia reseñada, obstruyen el acceso a los servicios de salud del menor, en claro irrespeto de las pautas que deben observarse cuando se trata de satisfacer los derechos de un grupo vulnerable, los cuales además tienen un carácter prevalente.

Finalmente, es necesario anotar que la decisión del Juzgado Ochenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá no tuvo en cuenta que al tratarse de un asunto en el cual se reclaman los derechos de un menor de edad, no puede apelarse a la existencia de mecanismos judiciales que tornen improcedente la acción, sobre todo cuando estos, como quedó visto atrás, no tienen la idoneidad y eficacia para proteger derechos prevalentes.

Adicionalmente, en el citado fallo se expuso que no obstante el silencio de las demandadas y la presunción de veracidad de la información ofrecida por la accionante que de esa pasividad se podía extraer, no podía asegurarse que esta hubiera formulado las solicitudes de traslado correspondientes. Solución que pasó por alto que la información contenida en la demanda dejaba en evidencia una situación de irrefragable riesgo.

Esa consideración no fue respaldada con argumentos eficaces a la hora de derruir la contundencia probatoria implícita en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, ni tampoco tomó en cuenta las potestades probatorias del juez de tutela⁹² que tampoco fueron ejercidas en este trámite con el fin de hacer efectivos los derechos de un menor de edad, los cuales, no sobra reiterarlo, tienen preeminencia.

Por lo expuesto, la Sala procederá a revocar el fallo proferido por el Juzgado Ochenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social y al interés superior del menor M.A.S.R representado por su madre Marizol

⁹² T-699 de 2002, T-683 de 2003, T-131 de 2007 y T-455 de 2015.

Romero Dueñas. En consecuencia, se ordenará a la EPS Salud Total que active la afiliación del menor de edad en el régimen contributivo. Asimismo, se le ordenará a la EPS que realice la movilidad entre regímenes al niño, previa solicitud, en el evento de que el cotizante pierda esa calidad y que mientras se agotan los trámites administrativos propios de este tránsito, le garantice de manera continua e integral los servicios de salud.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Ochenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá el 14 de septiembre de 2017 dentro del proceso de tutela promovido por la señora Marizol Romero Dueñas en representación de su hijo contra Cafesalud y Salud Total EPS por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en consecuencia, **TUTELAR** los derechos fundamentales, a la salud, a la seguridad social y al interés superior del menor de M.A.S.R.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS Salud Total que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, active la afiliación en el régimen contributivo del menor de edad M.A.S.R. De igual manera, se **ORDENA** que realice la movilidad entre regímenes al niño, previa solicitud, en el evento de que el cotizante pierda esa calidad y que mientras se agotan los trámites administrativos propios de este tránsito, le garantice de manera continua e integral los servicios de salud.

TERCERO: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO**

Referencia: Expediente T-6.430.549

Magistrado Ponente:
JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión de Tutelas en el caso de la referencia, me permito presentar aclaración de voto.

Aun cuando estoy de acuerdo con proteger el derecho fundamental a la salud del menor M.A.S.R⁹³, considero que la orden debió haber sido distinta, como paso a exponerlo:

1. En la sentencia debió analizarse la información aportada por la accionante, acerca de la conformación de un grupo familiar independiente con su hijo, distinto al constituido por el padre del menor. Lo anterior tiene importancia toda vez que, como lo señaló la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá, en este caso *“se debe dar prelación a su libertad de elección de EPS y la conformación del grupo familiar en la EPSS MEDIMAS”*⁹⁴. Para la Secretaría, si bien las condiciones de pertenencia al régimen contributivo prevalecen, en principio, sobre las del régimen subsidiado, en este caso *“no puede pasarse por alto que el menor depende económicamente de su madre, quien no cuenta con recursos para afiliarlo al régimen contributivo”*.

Debido a lo anterior, en el fallo debió ordenarse a la EPS-S MEDIMAS la verificación del grupo familiar de la accionante y, de constatar que existe un núcleo independiente, proceder a afiliarse al menor como beneficiario de la señora Marizol Romero Dueñas, sin solución de continuidad.

2. En el fallo debió estudiarse cuál era la mejor forma de garantizar el derecho a la salud del menor y, en el evento de considerar que era relevante el criterio de sostenibilidad fiscal, debió ponderarse, en atención a las circunstancias del caso concreto, para proferir la orden que fuera procedente. Además, tampoco la figura de la movilidad entre regímenes solucionaba el tema de la posible conformación de un grupo familiar distinto entre madre e hijo.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

⁹³ En el fallo se ordenó suprimir los nombres completos del menor y, en su lugar, mencionar únicamente las iniciales, con el fin de proteger su derecho a la intimidad.

⁹⁴ Escrito de 19 de septiembre de 2017.

