



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE DUITAMA

Duitama, veintidós (22) de enero de dos mil diecinueve (2019)

REF: ACCIÓN DE TUTELA
ACTOR: NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ
ACCIONADO: NUEVA EPS y MEDIMÁS EPS
RADICACIÓN: 15238-3333-003-2018-00528-00

1. ASUNTO

Decide el despacho sobre la acción de tutela instaurada por NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ en contra de la NUEVA EPS y MEDIMÁS EPS, por la presunta vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

La parte accionante reclama la protección de su derecho fundamental a la salud. En consecuencia, solicita que se ordene a MEDIMÁS EPS realizar el retiro de la misma, en razón a que siempre ha venido cotizando en la NUEVA EPS.

Asimismo, pide que se ordene a ésta última: (i) *“la activación en su sistema para que pueda recibir la atención necesaria”*, y (ii) la autorización y entrega inmediata de los medicamentos y procedimiento que tiene pendientes¹.

Finalmente requiere que se prevenga a la NUEVA EPS para que, en adelante, autorice y asuma todos y cada uno de los medicamentos, dispositivos médicos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas y -en general- cualquier prescripción que ordenen los médicos tratantes para la recuperación de su patología.

2.2. Hechos:

NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ señaló que pertenece al régimen contributivo y cotiza con la NUEVA EPS desde marzo de 2017. No obstante precisó que su situación laboral cambió temporalmente en el mes de enero de 2018 al haber terminado su contrato como empleada. En tal sentido, solicitó un subsidio de desempleo y la Caja de Compensación Familiar asumió el pago de la seguridad social hasta el mes de abril.

Precisó que posteriormente, en el mes de mayo de 2018, realizó su afiliación como independiente en la NUEVA EPS.

¹ “OTROS ESTADOS POSTQUIRÚRGICOS ESPECIFICADOS CITA EN UN MES POR CIRUGÍA GENERAL. ULTRASONOGRAFÍA DE ABDOMEN TOTAL: HÍGADO, PÁNCREAS, VESÍCULA, VÍAS BILIARES, RIÑONES, BRAZO (sic), GRANDES VASOS, PELVIS Y FLANCOS” (fl. 2).

Dijo que, de forma ulterior, el 01 de octubre de 2018, le fue diagnosticada una apendicitis, razón por la cual fue intervenida quirúrgicamente y, a raíz de ello, debe realizarse unos exámenes y tomar unos medicamentos, teniendo pendiente un control con el cirujano.

Señaló que el 19 de noviembre de 2018 se acercó a las instalaciones de la NUEVA EPS con el ánimo de solicitar una cita médica, no obstante le indicaron que no aparecía en el sistema. En virtud de lo anterior, dijo lo siguiente: *“ingresé a la plataforma de la seguridad social para realizar mi registro por primera vez y me encuentro con que ya aparecía registrada en MEDIMÁS EPS”* (fl. 1).

Fruto lo anterior, la accionante señala que se remitió al Ministerio de Salud y, de manera virtual, interpuso una queja solicitando que anularan el mentado registro, solicitado que -a su vez- se hiciera seguimiento del caso al ignorar cuál de las dos EPS había realizado dicho trámite.

Expuso que, al no tener ninguna solución, radicó derecho de petición ante MEDIMÁS EPS y, en el mismo, solicitó el retiro suyo y de su núcleo familiar de la entidad. En respuesta a su pedido, le fue informado que el traslado de EPS había sido realizado por el usuario y que el mismo no era reversible.

Finalmente precisó que siempre había realizado sus aportes a la NUEVA EPS; que jamás había solicitado el traslado a MEDIMÁS EPS; y que, fruto de la situación descrita, su estado de salud se había visto perjudicado, al no poderse tomar los medicamentos prescritos, ni poder efectuarse los controles requeridos.

3. TRÁMITE PROCESAL

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 14 de diciembre de 2018 y repartida a este Juzgado, según la respectiva acta (fl. 20).

Mediante auto proferido el mismo 14 de diciembre de 2018 y atendiendo a la competencia establecida en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto contenidas en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia en contra de la NUEVA EPS y MEDIMÁS EPS, ordenándose a su vez el decreto de algunos medios de prueba, por lo que se ordenó oficiar a las entidades accionadas y al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (fls. 22-23).

La anterior providencia fue remitida a la respectiva dirección² de notificaciones judiciales (fls. 24-28) y, conforme lo previsto en los numerales 2° y 3° del artículo 191 del CGP, la misma se surtió en debida forma² (fls. 24-34).

3.1. La contestación:

3.1.1. NUEVA EPS:

Pese a estar debidamente notificada (fls. 24 y 28-29) y haber sido requerida por una segunda vez (fls. 48-49), la entidad accionada no emitió ningún pronunciamiento.

² En lo relativo a cuando se entiende que se ha surtido la notificación en debida forma, el último inciso del numeral 3° del artículo 291 del CGP señala lo siguiente: *“Cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el Secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos”*.

En virtud de lo anterior, el Despacho dará aplicación a lo previsto por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

3.1.2. MEDIMÁS EPS:

Resalta el Despacho que la comunicación dirigida a MEDIMÁS EPS notificándole el auto admisorio de la tutela no pudo ser radicada en físico ante la entidad. Lo anterior, según certificación de la empresa de mensajería que, a través de observación anotada el día 17 de diciembre de 2018, indicó que la misma "NO QUISO RECIBIRLO" (fls. 41-44). No obstante, se observa que, además de la comunicación física, también había sido remitida comunicación electrónica al correo de notificaciones de la EPS (fls. 25 y 30), respecto de la cual se emitió el respectivo acuse de recibo (fls. 31-32). En tal sentido, la Despacho da por efectuada en debida forma la comunicación de la providencia que admitió la tutela, dado el contenido del último inciso del numeral 3° del artículo 291 del CGP³; norma concordante con lo previsto por el inciso cuarto del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 -modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012-⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, destaca el Despacho que, a pesar de estar debidamente notificada (fls. 25 y 30-32) y haber sido requerida por una segunda vez (fls. 45-47), la entidad accionada no emitió ningún pronunciamiento.

En virtud de lo anterior, el Despacho dará aplicación a lo previsto por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

3.1.3. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (fls. 36-40):

Pese a que solo se le había efectuado un requerimiento de información, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL dio contestación e indicó que debía declararse la improcedencia de la acción "*pues no se encuentra en alguna de sus competencias la actualización de BDUA, como tampoco el dar curso a solicitudes de traslado de EPS*" (fl. 40).

Para sustentar lo anterior, indicó eran las EPS's las encargadas de garantizar la afiliación y acceso a los servicios de salud de sus usuarios y, en consecuencia, eran las éstas quienes debían solucionar el inconveniente de la accionante.

Se refirió al principio de libre elección de los usuarios y a los traslados de EPS -según lo normado en el artículo 2.1.7.2 del Decreto 780 de 2016- y dijo que éstas últimas estaban en la obligación de garantizar la movilidad de los afiliados.

Señaló que el proceso de actualización de la Base de Datos Única de Afiliados (en adelante BDUA) se encontraba reglado por la Resolución N° 4622 de 2016 y que, conforme a la misma, eran las EPS las entidades "*responsables de la veracidad y calidad de la información reportada (...)*" (fl. 38v.). En la misma vía, indicó que las entidades encargadas de administrar las afiliaciones son las responsables de gestionar la plena identificación de los afiliados, así como de "*mantener*

³ "Cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el Secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos".

⁴ "Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente".

actualizado el tipo de documento, número de identificación, la novedad de fallecimiento y la respectiva modificación para su correcto registro” (fl. 38v.).

Dijo que el Sistema de Afiliación Transaccional (SAT) estaba contemplado en el artículo 2.1.2.1 del Decreto 780 de 2016 e indicó que el mismo aún no había sido implementado, *“sino que entrará en funcionamiento de forma gradual”* (fl. 38v.). En consecuencia, precisó que seguía en cabeza de las EPS la obligación de presentar las novedades con respecto a la afiliación de los usuarios y advirtió que, en dicho proceso, no se podía afectar la prestación del servicio de salud.

Se refirió a las competencias legales de cada uno de los organismos participantes en el Sistema de Seguridad Social en Salud e insistió en que eran las EPS y los entes territoriales los que tenían la responsabilidad de cerciorarse de la veracidad de los datos informados, conforme al Decreto 1281 de 2002, la Ley 1581 de 2012 y la Resolución N° 4622 de 2016. Insistió que *“las entidades que administran las afiliaciones, serán las responsables de gestionar la plena identificación de los afiliados”* (fl. 39v.) y que, por ende, no cabía responsabilidad alguna en el Ministerio. Asimismo, dijo que la entidad *“actúa solamente como operador de información y en consecuencia no tiene acceso a ningún documento que pueda soportar, por ejemplo, un cambio de identificación”* (fl. 39v.).

Finalmente señaló que consultado el BDUA del FOSYGA, se observó que NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ se encuentra activa en calidad de cotizante de MEDIMÁS EPS en el régimen contributivo, razón por la cual era ésta última quien estaba obligada a prestarle los servicios de salud que requiriera.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Problema jurídico:

De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, corresponde al Despacho determinar si las accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ al haber efectuado su traslado de la NUEVA EPS a MEDIMÁS EPS sin que -presuntamente- la accionante lo hubiera solicitado de manera expresa.

4.2. Naturaleza de la acción:

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 Y 1069 de 2015 - modificado por el Decreto 1983 de 2017- como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

Este tipo de derechos, que se diferencian de los demás por ser indispensables para el desarrollo de la personalidad⁵, gozan de este mecanismo constitucional ágil, breve, preferente y sumario, puesto al alcance de todas las personas, para la protección real y efectiva cuando se consideran vulnerados, lesionados o

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-538 de 1992. Magistrado Ponente. Dr. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

amenazados por las autoridades públicas o por particulares en circunstancias específicas.

4.3. Del derecho a la salud:

La Corte Constitucional, en sentencia T-760 de 2008, manifestó en relación con el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo lo siguiente:

*“La jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’ (...) Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. (...) En términos del bloque de constitucionalidad, **el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva (...)**” (subrayado fuera de texto).*

Conforme a lo anterior, es claro que la prestación del servicio de salud debe ser eficiente, oportuna y con calidad; aspectos que deben tenerse en cuenta cuando el desconocimiento del mismo se da por la falta de realización de trámites administrativos que, desde una perspectiva racional y constitucional, resultan excesivos, demorados o complejos.

Igualmente se ha señalado por el máximo Tribunal Constitucional que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico social y cultural, ostenta la condición de fundamental debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo que permite que se use la acción de tutela como mecanismo de protección. La Corte Constitucional ha dicho al respecto⁷:

“ (...) De igual manera, la Corte ha reiterado que la tutela no solo procede para proteger el derecho a la vida reducida a su simple existencia biológica, sino que ésta debe entenderse dentro de una dimensión más amplia, que comprenda una vida digna. Lo anterior por cuanto se ha estimado que el derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que se limita a la idea reducida de peligro de muerte, sino que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afectan la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.(...)”

Ahora bien, con la expedición y promulgación de la Ley Estatutaria de salud N° 1751 de 16 de febrero de 2015, “*Por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”, no queda duda alguna que el derecho a la salud es fundamental e irrenunciable y comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Asimismo, queda claro que el Estado debe adoptar políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De la misma manera, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, no hay duda que su prestación, como servicio público esencial obligatorio, debe ejecutarse bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado⁸.

⁶ Criterio reiterado en sentencia T-815 de 11 de octubre de 2010, Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA

⁷ Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-283/12. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁸ Art. 2 de la Ley estatutaria No 1751 de 16 de febrero de 2015

4.4. Del traslado entre EPS's en el Sistema de Seguridad Social:

Con la finalidad de materializar los principios de accesibilidad, libre escogencia, continuidad, solidaridad, obligatoriedad y universalidad en salud, actualmente existen varios instrumentos encaminados a permitir a las personas el acceso a los servicios de salud.

De esta forma, se constituyó el 'traslado' como un derecho del cual disfrutaban los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud de modificar la entidad prestadora de servicios (EPS), una vez cumplido el tiempo mínimo permanencia, sea que pertenezcan al régimen contributivo o al subsidiado.

De acuerdo con esto, cuando se trata de un traslado, el afiliado cotizante o cabeza de familia de cumplir con los siguientes requisitos para ejercer su derecho, conforme al Decreto 780 de 2016:

"Artículo 2.1.7.2. Condiciones para el traslado entre entidades promotoras de salud. Para el traslado entre Entidades Promotoras de Salud, el afiliado deberá cumplir las siguientes condiciones:

- 1. El registro de la solicitud de traslado **por parte del afiliado cotizante** o cabeza de familia podrá efectuarse en cualquier día del mes.*
- 2. Encontrarse inscrito en la misma EPS por un período mínimo de trescientos sesenta (360) días continuos o discontinuos contados a partir del momento de la inscripción. En el régimen contributivo el término previsto se contará a partir de la fecha de inscripción del afiliado cotizante y en el régimen subsidiado se contará a partir del momento de la inscripción del cabeza de familia. Si se trata de un beneficiario que adquiere las condiciones para ser cotizante, este término se contará a partir de la fecha de su inscripción como beneficiario.*
- 3. No estar el afiliado cotizante o cualquier miembro de su núcleo familiar internado en una institución prestadora de servicios de salud.*
- 4. Estar el cotizante independiente a paz y salvo en el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
- 5. Inscribir en la solicitud de traslado a todo el núcleo familiar".*

De lo anterior se destaca que es requisito *sine qua non* para el traslado entre EPS's, que el afiliado mismo haya registrado la solicitud, es decir, que sea él quien, de forma libre, voluntaria y espontánea, lo haya solicitado.

4.5. De la utilización del Sistema de Afiliación Transaccional -SAT- para efectuar traslados entre EPS's:

Tratándose del registro y reporte de los traslados entre EPS's, el Decreto 780 de 2016 previó que habría un Sistema de Afiliación Transaccional -SAT- y prescribió respecto del mismo:

*"Artículo 2.1.7.5. Registro y reporte de la novedad de traslado. **El Sistema de Afiliación Transaccional dispondrá los mecanismos** para que los requisitos de traslado se puedan verificar automáticamente y **para que los afiliados cotizantes puedan registrar la solicitud de traslado**, así como la notificación del traslado a las EPS, a los afiliados cotizantes, a los aportantes y a las entidades territoriales cuando trate del traslado de EPS entre regímenes diferentes. (...)"*

Sobre el particular, debe destacarse que desde el pasado 15 de marzo de 2018⁹, los afiliados al Sistema General de Salud tienen la posibilidad, a través de internet, de hacer el traslado o cambio de EPS por medio del portal www.miseguridadsocial.gov.co, el cual materializó la disposición normativa a la que acaba de hacerse alusión.

Para regular lo anterior, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL expidió la Resolución N° 768 de 7 de marzo de 2018¹⁰ e indicó que dicha Cartera dispondría en el portal web indicado, de todas las funcionalidades para que los usuarios pudieran registrarse y autenticarse y, de esa manera, realizar las transacciones de afiliación y reporte de novedades. En el mentado acto administrativo se indicó que, para poder llevar a cabo lo anterior, el usuario debía registrarse previamente y que éste sería responsable por la información que consignara allí:

*“Artículo 5. Registro en el Sistema de Afiliación Transaccional- SAT. **La realización de transacciones en el SAT requiere que los usuarios se registren con su documento de identificación vigente en el portal web www.miseguridadsocial.gov.co, del Ministerio de Salud y Protección Social. El Sistema validará el documento de identificación con la información de referencia y asignará una clave, con la que se podrá acceder al SAT.***

Si los datos del documento de identidad de los mayores de edad no coinciden con la información de referencia, la persona no podrá registrarse y deberá resolver su situación con la entidad que le expidió el documento.

(...)

Artículo 21. Incumplimiento del deber de suministrar información veraz, clara, completa, suficiente y oportuna. Los usuarios que no cumplan con el deber de suministrar información veraz, clara, completa, suficiente y oportuna o que no correspondan a la verdad material de las transacciones que realicen en el SAT, podrán ser reportados por la EPS ante las autoridades competentes” (Resaltado fuera de texto).

No obstante, debe resaltarse que la citada Resolución fue cuidadosa en señalar que, de todas formas, estaba en cabeza de las EPS's la obligación de verificar la información que fuera reportada en el SAT:

“Artículo 4. Operación del Sistema de Afiliación Transaccional - SAT. (...)

La operación del SAT no releva a las EPS o EOC, del cumplimiento de sus obligaciones legales relacionadas con la afiliación y verificación de novedades, así como, de las obligaciones derivadas de la gestión del riesgo en salud”

(...)

*Artículo 9. Disposición de las transacciones efectuadas. El SAT reportará la información a cada EPS y entidad territorial las transacciones de afiliación y reporte de novedades de los afiliados inscritos en la EPS o de la respectiva entidad territorial, **sin perjuicio de que tales entidades consulten dichas transacciones en el sistema.** (...)*

(...)

⁹ La Resolución N° 768 de 2018 del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL dispuso: *“Artículo 30. Gradualidad en la implementación del Sistema de Afiliación Transaccional - SAT. La entrada en operación del SAT se realizará de manera gradual, a partir del 15 de marzo de 2018 se podrá realizar la transacción de la novedad de traslado y en el transcurso del segundo trimestre de 2018, se incorporarán las transacciones de afiliación y demás novedades del SGSSS. / A partir del mes de mayo de 2018, las EPS no podrán requerir los documentos para acreditar la calidad de empleadores y otros aportantes que hubieren realizado el registro del “Rol empleador” en el SAT, ni cuando estos realicen las transacciones de novedades que se encuentren en operación en el SAT. La anterior información deberá ser consultada por las EPS directamente al SAT”.*

¹⁰ Por la cual se adoptan las reglas y condiciones generales para la operación del Sistema de Afiliación Transaccional- SAT.

Artículo 25. Tratamiento de la información. Las entidades que participen en el acceso, registro, consulta, flujo y consolidación de la información serán responsables del cumplimiento del régimen de protección de datos y demás aspectos relacionados con su tratamiento, en el marco de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, la Ley 1712 de 2014, el Capítulo 25 del Título 2 del Libro 2 de la Parte 2 del Decreto 1074 de 2015 y las normas que las modifiquen, reglamenten o sustituyan, en virtud de lo cual se hacen responsables de la privacidad, seguridad, confidencialidad y veracidad de la información suministrada sobre los datos a los cuales tiene acceso” (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, tratándose de la actividad de ‘registro’ que -se reitera- es obligación de los usuarios previo a efectuar cualquier tipo de transacción o reporte de novedad (como lo es, por ejemplo, la solicitud de traslado), la Resolución N° 768 de 2018 la definió de la siguiente manera:

“Artículo 3. Definiciones. Para los efectos de la presente resolución se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

*Registro: es el proceso mediante el cual las personas naturales o jurídicas se registran en el SAT, **previa validación de su identificación**, con base en la información de referencia de las entidades responsables de la expedición de los documentos de identificación. (...).”*

En tal sentido, lo que se quiere destacar es que, para poder registrarse en el SAT, es necesario que previamente se ‘valide’ la identidad personal.

Sobre el proceso de validación de la identidad del usuario, el Decreto 780 de 2016 indicó:

*“Artículo 2.1.2.4. Identificación de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Los datos básicos de identificación de los afiliados que se ingresen al Sistema de Afiliación Transaccional deberán ser concordantes con la información de referencia. **El Sistema contará con las validaciones correspondientes con el fin de no permitir el ingreso de identificaciones inexistentes o datos básicos errados.** Estos datos solo pueden ser modificados con el soporte de acto administrativo o el acto proferido por la autoridad competente.*

En el Sistema de Afiliación Transaccional por cada afiliado existirá un único registro, con independencia de los documentos de identidad con los cuales se le asocie. El Sistema dispondrá los instrumentos que permitan la correlación entre los diferentes documentos expedidos para una persona por la entidad competente.

Las EPS o EOC deberán adoptar medidas tendientes a evitar que los errores e inconsistencias en los datos básicos de identificación de los afiliados afecten la continuidad de la prestación de los servicios de salud”.

De lo anterior se quiere destacar entonces que, de un lado, el SAT debía prever toda una serie de medidas de seguridad para evitar los fraudes en el registro y, de otro lado, que es responsabilidad de las EPS’s la adopción de medidas para evitar que los errores e inconsistencias que puedan presentarse afecten la continuidad de la prestación de los servicios de salud de los usuarios.

No obstante, lo relativo a la seguridad en la validación de la identidad de los usuarios que pretenden registrarse en el SAT no fue ampliamente regulado por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL; observándose que la Resolución N° 768 de 2018 apenas dispuso en su artículo 5 que **“el Sistema validará el documento de identificación con la información de referencia y asignará una clave, con la que se podrá acceder al SAT”.**

En tal contexto, revisado el 'tutorial de ayuda' para el registro de usuarios en el portal web www.miseguridadsocial.gov.co¹¹, se observa que dicho proceso de registro y validación de identidad funciona de la siguiente manera:

- En primer lugar, se solicita el diligenciamiento de unos datos básicos los cuales son *"la información correspondiente a los datos que aparecen en su documento de identidad como: el tipo y número de documento, nombre completo, fecha de nacimiento entre otros (...)"*.
- En segundo lugar, se valida la identidad de la siguiente forma:

"El sistema muestra en pantalla, de manera aleatoria, una serie de preguntas personales, laborales y/o de su afiliación al Sistema General de Seguridad Social, cuya respuesta conoce únicamente el afiliado.

Tenga presente que si no da el mínimo de respuestas correctas, el sistema le pedirá volver a intentarlo o lo bloqueará por 24 horas".
- En tercer lugar, *"se deben registrar los datos a los que desea llegue la información (...) del Sistema"*; aclarándose que *"por el momento, el medio de comunicación será su correo electrónico, por esto es importante que registre uno único, válido y de uso personal"*.
- Finalmente, al haber completado exitosamente los pasos anteriores en el proceso de registro, el sistema le indicará a qué correo ha sido enviado el usuario y el proceso de asignación de contraseña.

Por último, valga destacar que resultan aplicables las disposiciones consagradas en la Ley 1581 de 2012 que, respecto de la seguridad en el tratamiento de los datos personales, prescribió:

"Artículo 4°. Principios para el Tratamiento de datos personales. En el desarrollo, interpretación y aplicación de la presente ley, se aplicarán, de manera armónica e integral, los siguientes principios:

(...)

g) Principio de seguridad: La información sujeta a Tratamiento por el Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento a que se refiere la presente ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.

(...)

Artículo 18. Deberes de los Encargados del Tratamiento. Los Encargados del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

(...)

b) Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento".

4.6. El caso concreto:

4.6.1. Procedencia de la acción de tutela:

¹¹ Consultado en <https://miseguridadsocial.gov.co/Documentos/Tutorial.pdf>. Ver página 5 del documento virtual.

Previo a analizar el fondo del asunto, considera el Despacho relevante verificar si es procedente la presente acción de tutela para obtener la protección de los derechos fundamentales de la accionante. Para tal fin, se revisará si la misma cumple con los siguientes requisitos:

Legitimación activa:

NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ actúa como titular de sus derechos, razón por la cual se encuentra legitimada para promover la acción de tutela, conforme lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 1 y 10 del Decreto 2591 de 1991.

Legitimación pasiva:

Conforme las disposiciones de los artículos 1 y 13 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución Política, NUEVA EPS y MEDIMÁS EPS son susceptibles de ser demandadas a través de la acción de tutela.

Subsidiariedad:

Como se explicó, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, esto es, que sólo procede como mecanismo de protección definitivo *"i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental"*¹².

Ahora, se observa que dentro del presente caso, la accionante pretende que se ordene a MEDIMÁS EPS realizar el retiro de la misma y que se ordene a NUEVA EPS que la 'active' en el sistema para así poder recibir la atención necesaria y, de esa forma, obtener la autorización y entrega inmediata de los medicamentos y procedimiento que tiene pendientes¹³. Lo anterior, al alegar que siempre había realizado sus aportes a la NUEVA EPS; que jamás había solicitado el traslado a MEDIMÁS EPS; y que, fruto de la situación descrita, su estado de salud se ha visto perjudicado.

Al respecto, el artículo 41 la Ley 1122 de 2007¹⁴ estableció un procedimiento judicial especial¹⁵ cuyo direccionamiento se encuentra en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, el cual le permite, con las atribuciones propias de un juez y de manera definitiva, resolver en derecho controversias que se susciten entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y sus usuarios. Dicho artículo delimitó la competencia de estas facultades a las controversias que, entre otros asuntos, surjan por:

¹² Pronunciamiento jurisprudencial reiterado por la Corte Constitucional Sentencia T-246 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹³ "OTROS ESTADOS POSTQUIRÚRGICOS ESPECIFICADOS CITA EN UN MES POR CIRUGÍA GENERAL. ULTRASONOGRAFÍA DE ABDOMEN TOTAL: HÍGADO, PÁNCREAS, VESÍCULA, VÍAS BILIARES, RIÑONES, BRAZO (sic), GRANDES VASOS, PELVIS Y FLANCOS" (fl. 2).

¹⁴ Con las modificaciones que le han sido introducidas por la Ley 1438 de 2011

¹⁵ Aparte del procedimiento ordinario laboral que resuelve las controversias relativas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...) d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)”.

Para ello, esa misma Ley determinó que este procedimiento especial se caracterizaría por ser: (i) iniciado a solicitud de parte, (ii) desarrollado mediante un procedimiento preferente y sumario, (iii) regido por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, debido proceso y eficacia de los derechos en discusión y (iv) informal, pues únicamente se requiere expresar las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la solicitud para que deba proferirse decisión al respecto. Adicionalmente, se fijó que deberá ser resuelto dentro de los 10 días siguientes a la solicitud y podrá ser impugnado dentro de los 3 días posteriores su notificación.

Lo anterior, permitiría que, en el evento de realizarse un juicio *a priori* de este procedimiento, se concluya que se trata de uno que no solo es idóneo para otorgar la protección que se requiere en los eventos de controversias que surgen en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino también eficaz, porque establece un procedimiento preferente y expedito a través del que se puede obtener la protección requerida.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional evidenció en la sentencia T-065 de 2018 que *“(...) existen múltiples falencias en su diseño que no solo restan eficacia a la protección que pretende otorgar, sino que adicionalmente lo convierten en un procedimiento que, en últimas, no permite obtener ningún tipo de alivio a la situación de desprotección ius-fundamental en la que se encuentran quienes acuden a él”*. En tal sentido, dicha Corporación indicó -en la misma providencia- que *“(...) existen 2 falencias graves en la estructura de este especial procedimiento¹⁶, estas son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada pueda interponer¹⁷ y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado¹⁸”*.

En ese orden de ideas, según la Corte Constitucional, el trámite judicial que efectúa la Superintendencia Nacional de Salud no solo adolece de un término en el que deba resolverse la impugnación, haciéndolo virtualmente infinito, sino que,

¹⁶ 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.

¹⁷ Ver, entre otras, las Sentencias T-728 de 2014 y T-121 de 2015. Sobre el primero de los defectos evidenciados se ha expresado que la inexistencia de un término preciso conlleva necesariamente a que el trámite pueda extenderse indefinidamente en el tiempo, sin que ello se compadezca de la especial situación de los solicitantes, quienes en la mayoría de los casos pretenden la garantía de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas o al mínimo vital y requieren de una solución con prontitud que los retire del estado de vulnerabilidad en que se encuentran

¹⁸ En relación con los mecanismos para obtener el acatamiento a lo resuelto, se tiene que inicialmente la Ley 1122 de 2007 y su modificación en la Ley 1438 de 2011 no previeron ningún mecanismo a través del cual fuera posible obtener el cumplimiento de lo ordenado, por lo que su exigibilidad se veía cuestionada. No obstante lo anterior, mediante el artículo 25 de la Ley 1797 de 2016 se dispuso que el incumplimiento de lo ordenado en este trámite judicial tendrá las mismas consecuencias que el desacato a una decisión de tutela y, por ello, sería posible considerar que dicha falencia fue superada. Con todo, se evidencia que si bien se previó que el incumplimiento a las decisiones judiciales proferidas por la Superintendencia tendría los efectos previstos en el artículo 52 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, lo cierto es que no se fijó el procedimiento a través del cual se declarará el desacato, ni de qué manera se efectuará el grado jurisdiccional de consulta, ni ante quien. Ello resulta especialmente gravoso si se considera que el mismo artículo 52, en concordancia que lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-243 de 1996, establece que la sanción allí contenida solo es ejecutable una vez se ha surtido la consulta de la decisión, motivo por el cual cualquier decisión de desacato que pueda tomarse queda en el vacío jurídico hasta que no se efectúe dicho procedimiento, el cual, como se expuso, no se sabe ante quien se surtirá, ni de qué manera

además, dado el evento en el que se obtenga una resolución favorable, no existe un mecanismo efectivo a través del cual sea posible hacer exigible la decisión.

De conformidad con lo expuesto, como quiera que lo discutido es el derecho a la salud de la accionante, el Despacho concluye que *“resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, pues la demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría degenerar en el desamparo de los derechos o la irreparabilidad in natura de las consecuencias”*¹⁹.

En conclusión, en el presente caso se tiene que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuenta NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ para obtener la salvaguarda de sus garantías fundamentales, dado que se requiere de una respuesta pronta por parte del solicitante en cuanto su situación particular no admite demora alguna.

4.6.2. De la vulneración del derecho a la salud de la accionante por inconsistencia en el SAT:

Analizado el acervo probatorio recaudado en el *sub examine*, el Despacho encuentra acreditado lo siguiente:

- Que mediante petición radicada el día 30 de abril de 2018 ante la NUEVA EPS, la hoy accionante solicitó su retiro del programa FOSFEC²⁰, aduciendo que se encontraba en proceso de contratación. Por tal razón, solicitó mantener su afiliación con la EPS pero esta vez como independiente en el régimen contributivo (fl. 13).
- Que el día 02 de mayo de 2018, NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ diligenció y radicó ante la NUEVA EPS el formulario único de afiliación y registro de novedades al SGSSS, señalando que su afiliación sería como aportante independiente (fl 14).
- Que NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ pagó los aportes en salud como trabajadora independiente a favor de la NUEVA EPS para los meses de junio, agosto, octubre y noviembre de 2018 (fls. 8-12).
- Que el día 10 de octubre de 2018, NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ ingresó a la Clínica Boyacá de Duitama y, en su humanidad, fue practicada una apendicetomía al presentar un diagnóstico de apendicitis aguda (fl. 18)
- Que el día 11 de octubre de 2018, el médico José Antonio Puentes Díaz adscrito a la Sociedad Clínica Boyacá LTDA, solicitó a favor de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ *“CITA EN 1 MES POR CIRUGÍA GENERAL”* (fl. 7).
- Que el día 23 de octubre de 2018 fue expedida la autorización de servicios N° 5200003531 por parte de la IPS Galénica SAS a favor de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ para el siguiente procedimiento: *“ULTRASONOGRAFÍA DE ABDOMEN TOTAL (...)”* (fl. 6).

¹⁹ Ver Sentencia T-121 de 2015, reiterado en, entre otras, las Sentencias T-558 y T-677 de 2016.

²⁰ Fondo de Solidaridad, Fomento al Empleo y Protección al Cesante es un componente del Mecanismo de Protección al Cesante. Dicho programa es administrado por las Cajas de Compensación Familiar y se encarga de otorgar beneficios a la población cesante que cumple con los requisitos de acceso, con el fin de proteger a los trabajadores de los riesgos producidos por las fluctuaciones en los ingresos en periodos de desempleo.

- Que el día 25 de noviembre de 2018, NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ radicó un derecho de petición ante el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL bajo el N° 201842401817062, a través del cual:
 - (i) Solicitó “(...) *la anulación de mi registro*”, indicando que “(...) *alguien solicitó un traslado de EPS a mi nombre, yo nunca había entrado a este portal y el correo con el que me registraron no es mío*” (fl. 17);
 - (ii) Preciso que sus aportes mensuales eran efectuados a la NUEVA EPS y dijo que ésta última le había informado que, en el mes de octubre de 2018, ‘alguien’ había solicitado un traslado hacia MEDIMÁS EPS, no obstante que ella no había suscrito ninguna solicitud en tal sentido; y
 - (iii) Requirió seguimiento a su caso, aduciendo -entre otras cosas- que “(...) *LA EPS MEDIMÁS ESTÁ BUSCANDO LEGALIZAR AFILIACIONES SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS USUARIOS*” (fl. 17).

- Que el día 1 de diciembre de 2018, MEDIMÁS EPS dio contestación a un derecho de petición que había sido radicado bajo el N° PQR-MEDICON-402140 y le indicó a NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ que:
 - (i) La hoy accionante y su grupo familiar registraban ‘aprobación de traslado’ a través del Sistema de Afiliación Transaccional -SAT- desde el día 03 de octubre de 2018, “(...) *con inicio de vigencia en MEDIMÁS EPS a partir del 01/11/2018*” (fl. 16);
 - (ii) El SAT era un sistema de uso único y exclusivo de los usuarios; y
 - (iii) El SAT no permitía realizar ‘reversiones’, conforme el Decreto 768 de 2018.

- Que el día 3 de diciembre de 2018, NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ presentó derecho de petición a MEDIMÁS EPS solicitando el retiro de la misma, tanto de ella como de su grupo familiar (fl. 15). Asimismo, precisó que:
 - (i) En el mes de octubre de 2018 le había realizado una cirugía de urgencia;
 - (ii) Había venido realizando sus aportes como independiente a la NUEVA EPS;
 - (iii) Había tenido inconvenientes para seguir con su tratamiento “(...) *porque realizaron un falso registro a mi nombre en la plataforma de ‘mi seguridad social’*” (fl. 15); y
 - (iv) NUEVA EPS le había negado la atención en salud porque aparecía como afiliada de MEDIMÁS EPS sin tener en cuenta que, según la accionante, “*no he solicitado traslado de EPS durante este año*” (fl. 15).

De conformidad con lo anterior y dado que los informes solicitados a NUEVA EPS y MEDIMÁS EPS no fueron rendidos, lo que obliga a tener por ciertos los hechos expuestos por la accionante (conforme el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991), el Despacho considera que NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ se encuentra en una situación que trasgrede sus derechos constitucionales fundamentales y demanda la impartición de órdenes por parte del Juez constitucional.

Se considera lo anterior dado que, como se expuso en las consideraciones de la presente providencia, no es jurídicamente viable efectuar el traslado entre EPS's sin contar con la aquiescencia del afiliado; resaltándose que, de hecho, es éste último quien debe registrar él mismo su solicitud de manera libre, voluntaria y espontánea -se reitera-.

En tal contexto, dado que NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ nunca solicitó su traslado a MEDIMÁS EPS y que éste, presuntamente, se presentó por una falsa solicitud que se presentó a través del Sistema de Afiliación Transaccional -SAT-, revelándose falencias e inconsistencias en el momento del registro y validación de la identidad de dicha usuaria, lo cierto es que debe anularse su traslado y ordenarse que la hoy accionante sea activada nuevamente en la NUEVA EPS, dejándose en claro que su afiliación y vínculo con ésta última jamás presentó solución de continuidad.

Lo anterior, atendiendo a la prohibición dirigida a las EPS's contenida en el Decreto 780 de 2016 que en su tenor literal indica:

*“Artículo 2.1.1.9. Prohibición de conductas tendientes a afectar derechos de los afiliados. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud la adulteración o el uso indebido de las bases de datos de los afiliados con fines diferentes al registro, reporte y consulta de las afiliaciones y de las novedades **que no refleje la voluntad de los afiliados o afecte los derechos de las personas a la afiliación, traslado y movilidad, o el acceso a los servicios de salud y a las prestaciones económicas constituye una práctica no autorizada** y su ocurrencia dará lugar a las sanciones administrativas por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y a las acciones penales previstas en el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, según el caso” (Resaltado fuera de texto).*

Por lo anterior, deberán compulsarse copias de la presente providencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el ámbito de sus competencias, investigue lo sucedido en el caso de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ quien vio afectado su acceso a los servicios de salud por un registro, validación y solicitud de traslado de EPS que presuntamente no fue solicitado por ella misma.

Asimismo, para garantizar el derecho a la salud de la accionante, se ordenará a la NUEVA EPS que autorice y efectúe los trámites administrativos necesarios en aras de que, sobre la humanidad de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ, se practique la ultrasonografía de abdomen total que fue prescrita el pasado 23 de octubre de 2018 por parte de la IPS Galénica SAS (fl. 6) y se lleve a cabo el control el control por cirugía general ordenado el pasado 11 de octubre de 2018 por el médico José Antonio Puentes Díaz adscrito a la Sociedad Clínica Boyacá LTDA (fl. 7).

Esto, dado que el derecho a la salud se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de la accionante, quien en el mes de octubre del año pasado, debió afrontar una cirugía al presentar un cuadro de apendicitis.

En ese orden de ideas, basta con recordar lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, según la cual:

“(…) la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral Transitorio del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental a la salud de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a los gerentes zonales de la NUEVA EPS y MEDIMÁS EPS, y/o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, efectúen conjuntamente los trámites necesarios para anular el traslado que erróneamente se hizo de NUEVA EPS a MEDIMÁS EPS el pasado 01 de noviembre de 2018. Por lo anterior, NUEVA EPS deberá reactivar la afiliación que tenía NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ y, para efectos legales, se entenderá que su vínculo con la EPS jamás presentó solución de continuidad.

Del cumplimiento de la orden deberán informar las entidades promotoras de salud accionadas a este Despacho, allegando la documental correspondiente.

TERCERO.- ORDENAR al gerente zonal de la NUEVA EPS, y/o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la de la reactivación como usuaria de la NUEVA EPS de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ, autorice y efectúe los trámites administrativos necesarios en aras de que, sobre la humanidad de la accionante, se practique la ultrasonografía de abdomen total que fue prescrita el pasado 23 de octubre de 2018 por parte de la IPS Galénica SAS (fl. 6) y se lleve a cabo el control el control por cirugía general ordenado el pasado 11 de octubre de 2018 por el médico José Antonio Puentes Díaz adscrito a la Sociedad Clínica Boyacá LTDA (fl. 7).

De igual manera NUEVA EPS deberá garantizar la entrega de los demás elementos, suministros, medicamentos, tratamientos y procedimientos que sean prescritos por los médicos tratantes de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ, en aras a que la hoy accionante recupere enteramente su salud (en virtud de la cirugía que le fue practicada), aunque los mismos no se encuentren incluidos en el POS

Del cumplimiento de la orden deberá informar NUEVA EPS a este Despacho, allegando la documental correspondiente.

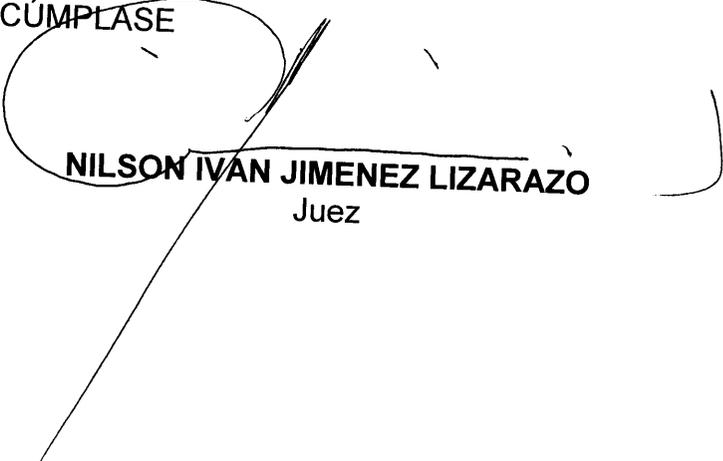
CUARTO.- Por Secretaría, **COMPULSAR COPIAS** de la presente providencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el ámbito de sus competencias, investigue lo sucedido en el caso de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ quien vio afectado su acceso a los servicios de salud por un registro, validación y solicitud de traslado de EPS que presuntamente no fue solicitado por ella misma.

QUINTO.- PREVENIR a los gerentes zonales de la NUEVA EPS y MEDIMÁS EPS para que, en lo sucesivo, no reincidan en las conductas que dieron lugar a la vulneración de los derechos fundamentales de NELY RUTH PEDRAZA GUTIÉRREZ

SEXTO.- NOTIFICAR esta decisión a los interesados, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO.- En caso de no ser impugnada oportunamente esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NILSON IVAN JIMENEZ LIZARAZO
Juez

IRC