El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia 15 de noviembre de 2022

Radicación Nro.: 66170310500120220036101

Accionante: Grey Alejandra Gómez Zuluaga

Accionados: Nueva EPS, EPS Famisanar S.A.S. y Ministerio de Salud y Protección Social

Proceso: Acción de Tutela

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / LIBERTAD DEL USUARIO PARA ELEGIR LA EPS Y LAS IPS / CARECE DE EFECTOS TRASLADO EFECTUADO POR UN TERCERO Y SIN SU AUTORIZACIÓN.**

El artículo 86 de la Constitución Nacional, consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten amenazados o vulnerados, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

Innecesario resulta discutir y argumentar frente al derecho a la salud, cuando la Alta Magistratura Constitucional se ha encargado de catalogar el mismo como fundamental y por tanto, autónomo y susceptible de protección…

Respecto a la facultad que tienen los usuarios de escoger libremente la EPS, se tiene que la Ley 100 de 1993 en sus artículos 153 y 156 establece que el servicio de salud debe ser prestado conforme los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad. Ahora, la libertad de escogencia está catalogada como principio rector y como una de las características del SSSC…

Así mismo el literal g del artículo 156 ibidem establece que “los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.” (…)

Tampoco se encuentra en discusión que en el trámite de traslado de EPS, no medio la voluntad de la demandante dado que, conforme lo analizó el juez de la causa, no fue aportada prueba alguna que estableciera que la usuaria realizó tal acto, como tampoco se logró determinar quién efectuó el trámite administrativo, pues el traslado se hizo a través del Sistema de Afiliación Transaccional SAT …

Existe entonces claridad frente al hecho de que las entidades llamadas a restablecer el servicio de salud en los términos en que se venía prestado hasta antes del trámite irregular ya descrito, son las EPS involucradas conforme lo establece el artículo 2.1.6.1 del Decreto 780 de 2016…

### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA LABORAL**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, quince de noviembre de dos mil veintidós

Acta N° 0116 de 15 de noviembre de 2022

Procede la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira a resolver la impugnación formulada por el **Ministerio de Salud y Protección Social** contra la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas el día 29 de septiembre de 2022, dentro de la **acción de tutela** que le promueve la señora **Grey Alejandra Gómez Zuluaga**, donde también fungen como accionadas **Nueva EPS** y la **EPS Famisanar S.A.S.**

## HECHOS QUE ORIGINARON LA ACCIÓN:

Indica que la señora Grey Alejandra Gómez Zuluaga que se encuentra en condición discapacidad por diversas patologías que padece desde su niñez, lo que le impide movilizarse por sí sola, requiriendo por tanto la ayuda de otras personas en sus actividades diarias; que debido a esa condición no debe interrumpirse su tratamiento médico; sin embargo, ello ocurre en la actualidad, dado que de manera inconsulta fue trasladada de la Nueva EPS a la EPS Famisanar, actuación que considera arbitraría pues nunca fue su intensión cambiarse de entidad prestadora de los servicios de salud, dado que la Nueva EPS le ha brindado una buena atención que le ha permitido vivir en condiciones dignas.

Refiere que en abril de 2022 cuando se dirigió a la Nueva EPS para las valoraciones mensuales que requiere, le fue informado que debía dirigirse a la EPS Famisanar para ser atendida, en consideración a que se presentó el traslado de EPS, cambió que afirma no solicitó y respecto al cual ninguna información ha recibido de la EPS.

Cuenta que el día 20 de abril de 2022 presentó derecho de petición a Famisanar solicitando el retorno a la Nueva EPS para continuar con su tratamiento.

Sostiene que de ningún modo hubiese realizado el cambio de entidad prestadora de los servicios de salud, toda vez que Famisanar atiende en la ciudad de Pereira y ella reside en el municipio de Dosquebradas, lugar en donde le es prestado el servicio por la Nueva EPS.

Respecto a el tratamiento que debe recibir, indicó que ésta última le prescribió hidroterapias, las cuales no ha podido realizar; también le fue ordenada y entregada una inyección de Toxina Botulínica, la cual se requiere para el mantenimiento de sus músculos; no obstante la aplicación de este fármaco tiene un valor aproximado de $400.00, suma con la que no cuenta, pues sus ingresos los deriva de la mesada que recibe producto de una sustitución pensional.

Por lo anterior, estima que la actuación de las entidades accionadas viola sus derechos fundamentales a la vida digna y a la continuidad en el tratamiento médico, por lo que solicita su protección por esta vía y como medida de restablecimiento, pide que Famisanar disponga el traslado a la Nueva EPS, entidad ésta última que deberá recibirla, reiniciar el tratamiento que corresponda y brindarle atención en el municipio de Dosquebradas.

**TRAMITE IMPARTIDO**

La acción constitucional fue admitida mediante auto de fecha diecinueve (19) de septiembre del año que corre, providencia en la que también se concedió a la parte accionada el término de dos (2) días para que se vinculara a la litis.

Como pruebas para definir el caso, el juez de la causa solicitó a la Nueva EPS y a la EPS Famisanar S.A.S. que remitieran copia del formulario de retiro y vinculación, respectivamente, diligenciados por la accionante para el cambio de entidad prestadora de servicios de salud o copia del trámite adelantado por la usuaria para formalizar su traslado. La última entidad, también fue requerida para que informe las razones por las cuales no ha dado respuesta a la petición formulada por la promotora de la acción.

Por último, ordenó el *a quo* oficiar al ADRES para que comunique la fecha en cual la Nueva EPS informó la novedad del retiro de la accionante, debiendo aportar el respectivo soporte. A su vez, le pidió a esa misma entidad indicar la fecha en la que la EPS Famisanar S.A. reportó la novedad de vinculación a esa entidad de la señora Gómez Zuluaga, de lo cual también debía enviar la prueba respectiva.

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, luego de hacer un recuento normativo relacionado con su naturaleza jurídica y la funciones asignadas por la ley y hacer una análisis constitucional y jurisprudencial de los derechos fundamentales que se denuncian como vulnerados, señala que en el presente asunto se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que no es la entidad que viene afectando los derechos fundamentales de la usuaria.

Para llegar a esa conclusión, indicó que de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1.7.2. del Decreto 780 de 2016 el afiliado tiene derecho a la libre escogencia de la EPS y que esa misma disposición establece las condiciones que deben darse para que se surta el traslado entre entidades promotoras de salud siendo estas *i)* registro de la solicitud de traslado por parte del afiliado cotizante, *ii)* inscripción en la misma EPS por un periodo mínimo de 360 días continuos o discontinuos, *iii)* no estar el afiliado cotizante o cualquier miembro de su grupo familiar internado en una IPS, *iv)* estar a paz y salvo en las cotizaciones e *v)* inscribir en la solicitud de traslado a todo el grupo familiar.

Todo lo anterior, para precisar que a su cargo no se encuentra el trámite de traslado de EPS y que, en todo caso, es importante resaltar que las novedades sobre la condición del afiliado en ningún caso podrán afectar la continuidad de la prestación de los servicios de salud.

Insiste que ADRES como simple operador de la Base de Datos Única de Afiliados, por sí sola no puede realizar los trámites de traslado, pues debe mediar la actuación de la usuaria para trasladarse a la EPS de su elección, que preste los servicios de salud en su municipio, para que luego las EPS involucradas realicen el respectivo reporte ante el ADRES, para así actualizar la información que reposa en la base de datos de BDUA, dado que es la única forma de realizar modificaciones, depués del procesamiento de los archivos de novedades, ingresos y traslados que envían las EPS.

Por otro lado, confirma que la accionante se encuentra activa en régimen contributivo, afiliada a Famisanar.

Frente al requerimiento del Juzgado, la entidad indico que el traslado de EPS de la actora a la EPS Famisanar S.A.S. se presentó el día 18 de febrero de 2022, mediante solicitud al Sistema de Afiliación Transaccional SAT por medio de archivo R1 (R1MSPS0118022022), anexando para el efecto el pantallazo del archivo enviado.

Famisanar EPS a su turno indicó que el día 1 de abril de 2022 la accionante se afilió a esa entidad; que la solicitud de afiliación fue recibida a través del Sistema de Afiliación Transaccional (SAT) en calidad de cotizante pensionado; que dicha plataforma no es administrada por esa entidad y, en ese sentido queda claro que tal actuación la realizó la usuaria; que dicha afiliación seguirá vigente hasta no se indique lo contrario por parte del ente de control y/o el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo tanto la atención de la usuaria corresponde a Famisanar EPS a través de la red de prestadores de servicios.

Por lo expuesto, estima que viene actuado conforme a la normatividad que regula el asunto; que las gestiones efectuadas en torno a la afiliación de la accionante fueron realizadas de buena fe y en tal virtud, considera que no ha afectado las garantías fundamentales de la señora Gómez Zuluaga, en tanto no tiene servicios de salud pendientes por autorizar, cuenta con afiliación activa en su municipio de residencia y no registra solicitud de traslado a otra EPS, siendo entonces causas ajenas a su responsabilidad, las que han generado la inconformidad de la usuaria, por lo que solicita que se declare improcedente la acción de tutela que ocupa la atención de la jurisdicción constitucional.

La Nueva EPS a su turno, confirmó la información brindada por Famisanar respecto al traslado de EPS realizado por la señora Grey Alejandra, correspondiéndole cancelar la afiliación de ésta; que en la actualidad depende de que la EPS SaludTotal (sic) apruebe el traslado para proceder con el trámite interno respecto a la afiliación a la Nueva EPS, siendo evidente entonces, que no está afectando las garantías fundamentales de la accionante, por lo tanto, debe negarse la protección pretendida.

Mediante auto de fecha 23 de septiembre de 2022, el juzgado de conocimiento ordenó la vinculación del Ministerio de Salud y Protección Social, Cartera que intervino de manera oportuna, precisando que no le constan los hechos contenidos en la acción constitucional; no obstante, se opuso a las pretensiones al advertir que no ha afectado ninguna de las garantías fundamentales de la usuaria, dado que no está dentro de sus funciones a operación de la información del BDUA, labor que se encuentra asignada la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, de acuerdo con las previsiones del Decreto 1429 de 2016, modificado mediante el Decreto 546 de 2017, encontrándose a cargo de las EPS y los entes territoriales de la veracidad de los datos cargados al sistema.

Por lo demás, confirmó la información brindada por las Epss accionadas en cuanto a los términos en que se realizó el traslado de la señora Gómez Zuluaga, quien se encuentra en libertad de elegir la EPS que le prestará el servicio de salud.

Indica que pese a lo anterior, requirió a la Nueva EPS para que remita la novedad de traslado de la usuaria y a la EPS Famisanar en orden a que acepte la novedad de solicitud de traslado que presente la primera.

Es por lo anterior que considera que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que ninguna vulneración de garantías fundamentales se le puede endilgar en este asunto, dado que no es la entidad llamada a solucionar la situación de la actora.

Por lo demás hizo alusión a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela como son *i)* la legitimación en la causa por activa, *ii)* legitimación en la causa por pasiva, *iii)* trascendencia iusfundamental del asunto, *vi)* agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad) y *v)* la inmediatez.

Llegado el día del fallo, el *a quo* decidió amparar los derechos fundamentales de la señora Grey Alejandra Gómez Zuluaga, los cuales fueron vulnerados por el cambio de entidad prestadora de los servicios en salud, que no fue solicitado, pues no tiene reparos con la atención brindada por la Nueva EPS, entidad a la cual se encuentra afiliada desde que tiene la calidad de cotizante.

Como medida de restablecimiento, se ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Nueva EPS y a la EPS Famisanar S.A.S., que ejecuten los trámite pertinentes para dejar sin efecto el traslado de la afiliada desde la Nueva EPS hacía la EPS Famisanar S.A.S. que se llevó a cabo a través de la plataforma SAT; debiendo quedar válidamente afiliada a la primera y debidamente reportada la novedad a la ADRES.

Inconforme con lo decidido, el Ministerio de Salud y Protección Social reiteró los argumentos expuestos al momento de dar respuesta a la acción, adicionando que en la decisión el juzgado de conocimiento incurrió en un defecto sustantivo por desconocer las disposiciones legal aplicables al caso, lo que convierte la sentencia en una decisión sin motivación.

Al respecto, si bien reconoce que los jueces de la República cuentan con autonomía e independencia para interpretar y aplicar las normas jurídicas, tal facultad no es absoluta, dado que debe respetar el ordenamiento jurídico, lo cual no ocurrió en este caso, pues se omitió considerar la normatividad que regula el asunto, de la cual se deriva que ninguna actuación tiene a su cargo frente a la vulneración de los derechos fundamentales de la usuaria.

## CONSIDERACIONES

El asunto bajo análisis, plantea a la Sala el siguiente problema jurídico:

***¿Se encuentra a cargo del Ministerio de Salud y la Protección Social, dejar sin efecto el traslado de EPS que se presentó en el caso bajo análisis?***

Con el propósito de dar solución al interrogante planteado en el caso concreto, la Sala considera pertinente hacer, de manera previa, las siguientes precisiones:

1. **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.**

El artículo 86 de la Constitución Nacional, consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten amenazados o vulnerados, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

Innecesario resulta discutir y argumentar frente al derecho a la salud, cuando la Alta Magistratura Constitucional se ha encargado de catalogar el mismo como fundamental y por tanto, autónomo y susceptible de protección, sin que sea necesaria conexidad con algún otro beneficio de rango mayor[[1]](#footnote-1).

La evolución de dicha garantía fue resumida por la esa Corporación, recientemente en la T-094-16, así:

*“El derecho a la Salud ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de esta Corporación y se ha venido protegiendo vía tutela a través de 3 mecanismos: Al principio, se amparaba debido a la conexidad que tiene con los derechos a la vida digna e integridad personal; luego, fue reconocido como derecho fundamental, para el caso de personas que por sus condiciones eran consideradas de especial protección constitucional y, recientemente, se ha considerado un derecho fundamental autónomo*[[2]](#footnote-2)*”*

Adicionalmente, la Ley 1751 de 2015 consagra la salud como un derecho fundamental.

1. **DE LA LIBRE ESCOGENCIA DE EPS.**

Respecto a la facultad que tienen los usuarios de escoger libremente la EPS, se tiene que la Ley 100 de 1993 en sus artículos 153 y 156 establece que el servicio de salud debe ser prestado conforme los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad. Ahora, la libertad de escogencia está catalogada como principio rector y como una de las características del SSSC y se define como la posibilidad de elegir en cualquier momento la Entidad Promotora de Salud (IPS) y las Instituciones Prestadora de Servicios IPS que pertenezcan a la red de la EPS que presta el servicio.

Así mismo el literal g del artículo 156 ibidem establece que “*los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.”*

Por otro lado, el artículo 159 de la misma disposición consagra las garantías de los afiliados, siendo una de ellas *“La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley”.*

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-062-2020 indicó:

*“La Corte ha expuesto que toda persona afiliada al sistema tiene la posibilidad de escoger de manera libre la EPS que considere satisface de mejor manera sus necesidades o que lo protegerá óptimamente ante la ocurrencia de una contingencia a partir de la cual requiera atención en salud; y, una vez afiliado, dentro de ella goza de la libertad de escoger cuál será la IPS, con la que su EPS tiene convenio, en la que le prestarán efectivamente las atenciones que necesite”.*

**3. CASO CONCRETO**

Fuera de cualquier discusión se encuentra el hecho que la señora Grey Alejandra Gómez Zuluaga tiene la condición de sujeto de especial protección, dado que, como secuelas de una enfermedad padecida desde la infancia, presenta hemiparesis, parálisis parcial espástica derecha y contractura distónica -*contracciones musculares involuntarias*-, lo cual impide su movilidad y requiere de la ayuda de otra persona para realizar sus actividades cotidianas, situación de la que da cuenta la historia clínica aportada al plenario.

Tampoco se encuentra en discusión que en el trámite de traslado de EPS, no medio la voluntad de la demandante dado que, conforme lo analizó el juez de la causa, no fue aportada prueba alguna que estableciera que la usuaria realizó tal acto, como tampoco se logró determinar quién efectuó el trámite administrativo, pues el traslado se hizo a través del Sistema de Afiliación Transaccional SAT y arrojó un número de archivo R1 -R1MSPSO118022022- de fecha 18 de abril de 2022, sin más datos para determinar el autor de la operación. Adicionalmente se tiene que, tal como lo percibió el mismo funcionario, de los hechos de la demanda, los cuales no fueron descreditados por las llamada a juicio, no existieron ni existen razones para que la demandante decidiera cambiar de EPS, pues se encontraba satisfecha con la atención de la Nueva EPS, dado que le presta sus servicios desde que se afilió el régimen contributivo y además, tiene cobertura en su lugar de residencia, lo cual no acontece con Famisanar S.A.S., por lo que, ninguna duda ofrece a la Sala, que la actora no tenía motivos entendibles para solicitar el traslado de EPS, máxime que con esa actuación podría verse interrumpido su tratamiento médico, lo que efectivamente ocurrió.

También es claro que la actora puso en conocimiento de su EPS la irregularidad y ésta se limitó a enviarla a la EPS Famisanar S.A.S., entidad que pese a que le fue radicado derecho de petición poniendo en consideración la situación, guardó silencio frente a la solicitud de la señora Gómez Zuluaga en la que manifiesta que es su voluntad retornar a su EPS inicial.

Existe entonces claridad frente al hecho de que las entidades llamadas a restablecer el servicio de salud en los términos en que se venía prestado hasta antes del trámite irregular ya descrito, son las EPS involucradas conforme lo establece el artículo 2.1.6.1 del Decreto 780 de 2016, ya que las novedades en el sistema de afiliación transaccional se registran o reportan por los responsables, que de acuerdo con el parágrafo 2o de la misma disposición son las EPS y las entidades territoriales, las cuales están en la obligación de hacer el respectivo reporte al administrador del Sistema de Afiliación Transaccional.

Ahora bien, el Sistema de Afiliación Transaccional fue creado para facilitar a los usuarios del SGSSS realizar el proceso de afiliación y novedades, actuación que se hace a través del portal MiSeguridadSocial.gov.co, al cual acceden los usuarios, las EPS y los entes territoriales, correspondiéndole a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES- operar la Base de Datos Única de Afiliados, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1429 de 2016 modificado mediante el Decreto 546 de 2017 y la Resolución No 1133 de 2021.

Así las cosas, razón le asiste al Ministerio de Salud y Protección Social, al sostener que no tiene a su cargo ninguna actuación tendiente a retornar a la señora Grey Alejandra Gómez Zuluaga a su antigua EPS, ya que fue como director, coordinador y evaluador del Sistema General de Seguridad Social en Salud que, al conocer de la presente acción, instó a esta entidad a reportar la solicitud de traslado de la afiliada y a la EPS Famisanar a aceptar dicha novedad.

De acuerdo con lo anterior, como quiera que la afectación de los derechos tutelados en primera instancia se pregona de la omisión de las EPS accionadas, la orden contenida en el ordinal segundo de la sentencia impugnada será modificada para excluir a la citada Cartera del cumplimiento de la misma.

También es preciso indicar, que si bien se evidencia afectado el derecho de petición en tanto que la EPS Famisanar S.A.S. se abstuvo de dar respuesta al escrito radicado por la usuaria el 20 de abril de 2022 -hoja 9 del numeral 001 del cuaderno de primera instancia-, advierte la Sala que resulta inocuo instar a que atienda la petición de la actora, dado que precisamente a través de esta acción de tutela se dispone el restablecimiento de la prestación del servicio de salud a la actora a través de la Nueva EPS.

En virtud de lo anterior, la **Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

##### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas el 29 de septiembre de 2022, el cual quedará así:

“***ORDENAR*** *a la Nueva EPS a través de la Dra. María Lorena Serna Montoya en su condición de Gerente Regional del Eje Cafetero y a la EPS Famisanar S.A.S mediante su representante Legal Dra. Alejandra Jiménez Palacio, que de manera inmediata y en un término que no supere las cuarenta y ocho (48), ejecuten los trámites pertinentes para dejar sin efecto el traslado de la afiliada desde la Nueva EPS hacía la EPS Famisanar S.A.S., que se llevó a cabo a través de la plataforma SAT; debiendo quedar registrada como afiliada de la Nueva EPS. Así mismo, deberán reportar la novedad al ADRES para lo de su competencia*”.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia impugnada.

**TERCERO: NOTIFICAR** esta decisión a las partes por el medio más expedito.

**CUARTO: REMITIR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**GERMÁN DARIO GÓEZ VINASCO ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

1. Ver Sentencias T-650 de 2009 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-760 de 2008 [↑](#footnote-ref-2)