



San Gil, Veintidós (22) de Febrero de Dos Mil Veintiuno (2021)

Sentencia No. 015 Radicado 2021-00009-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por el señor ANIBAL DIAZ AFANADOR identificado con la Cédula de Ciudadanía número 8'708.383 expedida en Barranquilla, en contra de MEDIMÁS E.P.S. SAS.

I. ANTECEDENTES

El precitado ciudadano promovió acción de tutela en nombre propio en contra de MEDIMÁS E.P.S. SAS, propendiendo por la protección de sus Derechos Fundamentales de Petición y Seguridad Social, con base en los siguientes,

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual se sustenta el amparo impetrado se contrae a lo siguiente:

Afirma el inicialista que, se encontraba afiliado en Medimás E.P.S. desde el día 1 de agosto de 2017 en el régimen contributivo, pero debido a su condición socio económica y al no devengar salario alguno, se efectuó en enero hogaño su traslado y de su grupo familiar al régimen Subsidiado.

Asegura, que debido a fallas en el servicio de parte de la accionada Medimás E.P.S., la Superintendencia Nacional de Salud revocó la autorización para funcionar en el departamento de Santander por lo que fue notificado que a partir del día primero (1°) de diciembre de 2020 sería trasladado a la E.P.S. SANITAS, realizándose el mismo por la accionada E.P.S. en el régimen contributivo, presentándose ante la aquí tutelada petición el 18 de diciembre de 2020 con solicitud N° AV00481601, sin que se le hubiese dado respuesta.

Informa, que al no recibir respuesta alguna el 14 de enero de la presente anualidad acudió a la línea nacional de Medimás E.P.S. donde le informaron "A) Que en el mes de agosto del 2020 fui trasladado del régimen subsidiado al contributivo **SIN SER SOLICITADO POR MÍ**, ni notificado de dicho traslado, así (sic) mismo nunca me fue cobrado rubro alguno por este concepto, adicional a esto el día 6 de agosto del 2020, solicite un certificado de afiliación a una asesora de Medimás y esta me envió una foto del certificado de afiliación en donde confirmaba que me encontraba en el régimen subsidiado (anexo dicha imagen). B) igualmente me fue informado que en el lapso de 2 días hábiles a partir de mi llamada me enviarían una certificación en donde pueda ver lo ocurrido y hasta el momento no se recibió la misma, solo con esta última respuesta vacía me adjuntan un certificado donde figuro como contributivo".

Manifiesta, que el día 27 de enero de 2021 presente derecho de petición ante Medimás E.P.S. vía electrónica, al correo asesorvirtual@medimas.com.co y lineaetica@medimas.com.co; radicado N°. G-564295 y el día 29 de del mismo mes y año recibió respuesta "genérica no aterrizada a cada una de la peticiones realizadas y sin resolver de fondo la problemática que presento, y como ya la expliqué en puntos anteriores atenta gravemente con mi derecho a la seguridad Social y esta respuesta más por salir del paso que por querer resolver el asunto es una violación al Derecho de Petición."



Aporta como pruebas los siguientes documentos:

- Copia del Derecho de petición de fecha 28 de enero de 2021.
- Pantallazo certificado de afiliación
- Envío de petición vía Email el 10 de febrero de 2021, correo electrónico asesorvirtual@medimas.com.co y lineaetica@medimas.com.co
- Registro Solicitud #AV00481601.
- Respuesta petición de fecha 29 de enero de 2021
- Formulario Afiliación y Registro de Novedades al SGSSS.
- Consulta puntaje SISBEN.

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por el accionante es que se tutele sus Derechos Fundamentales de Petición y Seguridad Social en consecuencia, se ordene a la accionada que (i) sea reversado el mal procedimiento administrativo que lo traslado al régimen contributivo; (ii) se aclare y rectifique que se encuentre afiliado al régimen de salud subsidiado para lo cual solicita un certificado donde conste que a la fecha pertenezco a dicho régimen y (iii) que los cobros que se hayan generado en las E.P.S. Medimás y Sanitas Contributivo, por el error administrativo, sean retirados desde la fecha del traslado.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto, según acta N° 4428 del 10 de febrero de 2021, este Despacho mediante auto de la misma fecha, admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado a la accionada de la demanda de tutela a fin de que se hiciera pronunciamiento y ejerciera su derecho constitucional de defensa y contradicción. También se vinculó a SANITAS E.P.S. y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para que se pronunciaran al respecto. Como prueba de oficio, se requirió a la señora LUZ ENITH AGUDELO AMADOR administradora del SISBEN del Municipio de San Gil, para que allegue certificación del estado del señor ANIBAL DIAZ AFANADOR identificado con la Cédula de Ciudadanía número 8.708.383 expedida en Barranquilla, en el sistema.

V. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LA ENTIDAD ACCIONADA y VINCULADA

MEDIMÁS E.P.S. S.A.S., vía correo electrónico recibido el 15 de febrero de 2021, a través del Abogado Gerson Didi Chacón Sánchez Apoderado General, se manifestó en los siguientes términos:

Que se dio respuesta al derecho de petición objeto de la presente acción de tutela en el cual fue enviada la respuesta a través de correo electrónico.

Arguye que *“Se dé por **TERMINADA Y ARCHIVEN LAS DILIGENCIAS ADELANTADAS** en contra de **MEDIMÁS E.P.S.**, en el presente trámite dado que la usuaria ya no se encuentra afiliada a MEDIMAS E.P.S.”.*

E.P.S. SANITAS S.A.S. vía E-mail recibido el 12 de febrero de 2021, por intermedio de la señora MARTHA ARGENIS RIVERA, en su calidad de Subgerente Regional, indicó que, el señor ANIBAL DIAZ AFANADOR, se encuentra afiliado a la E.P.S. SANITAS S.A.S., a partir del 01 de diciembre de 2020, cedido por la E.P.S. MEDIMAS en calidad de cotizante independiente, en estado activo por emergencia; pero presenta mora por los aportes de los periodos diciembre de 2020, enero, febrero de la presente anualidad.



Informando, que le fue entregado por el ADRES como asignación del Ministerio de Salud el archivo R1, en el cual informan que el señor DIAZ AFANADOR corresponde a tipo de cotizante (3) Independiente.

Por lo anterior, se opone a las pretensiones de la demanda, considerando que la E.P.S., ha suministrado todos los procedimientos y servicios requeridos por el accionante, actuando conforme a la normatividad vigente, por tal razón solicita se declare improcedente la presente acción constitucional por encontrarnos en una inexistencia de violación de derechos fundamentales del aquí tutelante.

La vinculada SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, notificada a través del oficio N° 0117 del 10 de febrero de 2021, enviado a su cuenta de correo institucional, dentro del término concedido guardó silencio a los requerimientos del Despacho.

Como prueba de oficio, se requirió a la señora LUZ ENITH AGUDELO AMADOR administradora del SISBEN del Municipio de San Gil, la cual manifestó vía E-Mail de fecha 12 de febrero de 2021, que el señor ANIBAL DIAZ AFANADOR, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.708.383 SE ENCUENTRA ACTIVO en la base de datos Sisbén del municipio de San Gil, desde el día 11 de junio del año 2020 en la ficha No. 00020041.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“(…) En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, Abril 3 de 1992, página 167).



B. COMPETENCIA

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES

El presente libelo fue interpuesto en nombre propio el señor ANIBAL DIAZ AFANADOR identificado con la Cédula de Ciudadanía número 8´708.383 expedida en Barranquilla, quien considera vulnerados sus Derecho Fundamental de Petición y Seguridad Social por parte de la accionada, aspecto con el que se encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa.

MEDIMÁS E.P.S. SAS, como entidad de derecho privado está legitimada por pasiva en la medida en que se le atribuye la supuesta vulneración de los Derechos Fundamentales deprecados por el accionante al igual SANITAS E.P.S.; así como la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD en su condición de ente jurídico de Derecho Público.

D. PROBLEMA JURÍDICO

Se centra en establecer, si MEDIMÁS E.P.S. SAS, conculcó o no los Derechos Fundamentales de Petición y Seguridad Social del accionante con ocasión del traslado efectuado a la E.P.S. SANITAS SAS, sin informar que se encontraba según lo enunciado en el régimen subsidiado y no contributivo, así como determinar si la tutela es la vía idónea para resolver los conflictos de movilidad que comprometen el presente trámite.

E. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

DERECHO DE PETICIÓN

Para abordar el problema jurídico trazado, es indispensable inicialmente traer a colación los planteamientos que sobre el Derecho Fundamental de Petición ha esbozado suficientemente la Corte Constitucional¹; veamos:

“El derecho de petición y sus elementos estructurales

14. El derecho de petición está incorporado en el artículo 23 de la Constitución Colombiana de 1991, como aquel que permite “presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”. Además, la disposición indica que el Legislador es quien puede reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. Este derecho ha sido históricamente

¹ Sentencia C-007-17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado



consagrado en diversos textos normativos² y, según lo ha reconocido esta Corporación, es una pieza fundamental en el engranaje de nuestro Estado Social de Derecho³. Recientemente la Ley Estatutaria 1755 de 2015 reguló su estructura general y principios. A su vez, está consagrado expresamente en el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Derechos del Hombre, en los mismos términos que en el texto constitucional.

Según abundante jurisprudencia de este Tribunal⁴, el derecho de petición es fundamental y tiene aplicación inmediata, sus titulares pueden ser personas mayores o menores de edad, nacionales o extranjeros, y a través de éste se puede acudir ante las autoridades públicas o ante particulares. Así mismo, el derecho de petición tiene un carácter instrumental en tanto a través de éste se busca garantizar la efectividad de otros derechos constitucionales, como los de información, participación política, libertad de expresión, salud y seguridad social, entre otros.

15. Así mismo, la Corte ha señalado que su núcleo esencial reside en una resolución pronta y oportuna de la cuestión que se pide, una respuesta de fondo y su notificación, lo anterior no necesariamente implica una respuesta afirmativa a la solicitud. Así pues, se entiende que este derecho está protegido y garantizado cuando se obtiene una contestación oportuna, de fondo, clara, precisa, congruente y la misma es puesta en conocimiento del peticionario. El incumplimiento de cualquiera de estas características envuelve su vulneración por parte de la autoridad o del particular.

Según se estableció en las sentencias C-818 de 2011⁵ y C-951 de 2014⁶, los referidos elementos del núcleo esencial del derecho de petición pueden describirse de la siguiente manera:

(i) La pronta resolución constituye una obligación de las autoridades y los particulares de responder las solicitudes presentadas por las personas en el menor plazo posible, sin que se exceda el tiempo legal establecido para el efecto, esto es, por regla general⁷, 15 días hábiles. Para este Tribunal es claro

² En la sentencia C-951 de 2014, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez, se hizo especial referencia a la consagración de este derecho a través de diversos textos normativos, así: “El derecho de petición, objeto de regulación por el proyecto de ley estatutaria bajo control, es un derecho constitucional fundamental cuyo origen se remonta al Bill of Rights aprobado en 1689, catálogo de derechos dentro del cual en el artículo 5º se incorporó el derecho de los súbditos de presentar peticiones ante el rey de Inglaterra. Las primeras constituciones en reconocer este derecho fundamental fueron la de Francia de 1791 y de manera simultánea, la Constitución de los Estados Unidos de América a través de la primera enmienda constitucional efectuada en 1791. // En Colombia, la primera expresión normativa del derecho de petición la encontramos en el artículo 56 de la Constitución federal de 1858 (Confederación Granadina), al consagrar: “El derecho de obtener pronta resolución en las peticiones que por escrito dirijan a las corporaciones, autoridades o funcionarios públicos, sobre cualquier asunto de interés general o particular”. Esta disposición fue reproducida en los mismos términos en el catálogo de derechos individuales contemplados en el artículo 15 de la Constitución de 1863 (Estados Unidos de Colombia). Finalmente, el artículo 45 de la Constitución Política de 1886 dispuso que “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.” Esta disposición fue objeto de desarrollo legal por virtud del artículo 334 de la Ley 4ª de 1913, del Decreto 2733 de 1959, el Decreto 01 de 1984 y la Ley 57 de 1985.”

³ Esta Corte, en sentencia T-012 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, indicó que: “Se trata de uno de los derechos fundamentales cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas (artículo 20. Constitución Política).”

⁴ Cfr., entre muchas otras, las sentencias T-012 de 1992 M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-377 de 2000 M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-1160A de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-191 de 2002 M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-173 de 2013 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-211 de 2014 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-951 de 2014 M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez; y T-332 de 2015 M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁵ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Por medio de la cual se declaró la inexequibilidad de los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, debido al incumplimiento de la reserva de ley estatutaria.

⁶ M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez. Por medio de la cual se revisó el proyecto de ley estatutaria sobre derecho de petición.

⁷ Existen algunas excepciones a la regla general. Así por ejemplo en materia pensional los mismos varían. En efecto: “En materia de pensiones, esta Corporación fijó plazos distintos a la regla general de respuesta de las peticiones. Ello sucedió, porque CAJANAL tenía que responder asuntos de gran complejidad y se encontraba en una crisis institucional que le imposibilitaba dar respuesta rápida a las solicitudes pensionales. En la Sentencia SU-975 de 2003, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia, señalando los términos que tiene la administración para dar respuesta a los derechos de petición sobre pensiones, así: “(i) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional –incluidas las de reajuste– en



que el referido lapso es un límite máximo para la respuesta y que, en todo caso, la petición puede ser solucionada con anterioridad al vencimiento de dicho interregno⁸. Mientras ese plazo no expire el derecho no se verá afectado y no habrá lugar al uso de la acción de tutela⁹.

(ii) La **respuesta de fondo** hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte¹⁰, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) claridad, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión; b) precisión, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) congruencia, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) consecuencia en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada, “de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”¹¹.

Ahora bien, este Tribunal ha aclarado que la resolución de la solicitud no implica otorgar lo pedido por el interesado, en tanto, existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a obtener lo pedido. En efecto, la sentencia C-510 de 2004¹² indicó que “el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración”. Así, el ámbito de protección constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una contestación para la misma, en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal.

(iii) La **notificación de la decisión** atiende a la necesidad de poner al ciudadano en conocimiento de la decisión proferida por las autoridades, ya que lo contrario, implicaría la desprotección del derecho de petición¹³. La notificación en estos casos, se traduce en la posibilidad de impugnar la respuesta correspondiente. Frente a este elemento del núcleo esencial de la petición, esta Corte ha explicado que es la administración o el particular quien tiene la carga probatoria de demostrar que notificó al solicitante su decisión, pues el conocimiento de ésta hace parte del intangible de ese derecho que no puede ser afectado.¹⁴

cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste un término mayor a los 15 días, situación de la cual deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo a la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo. (ii) 4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 a los casos de peticiones elevadas a Cajanal; (iii) 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001. Cualquier desconocimiento injustificado de dichos plazos legales, en cualquiera de las hipótesis señaladas, acarrea la vulneración del derecho fundamental de petición. Además, el incumplimiento de los plazos de 4 y 6 meses, respectivamente, amenazan la vulneración del derecho a la seguridad social”. C-951 de 2014.

⁸ Sentencia T-814 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-101 de 2014 M.P. Jorge Igancio Pretelt Chaljub.

⁹ Ver sentencias T-481 de 1992, T-997 de 1999, T-377 de 2000, T-1160A de 2001, T-220 de 1994, T-628 de 2002, T-669 de 2003. Sobre el momento en que una entidad entra en mora para dar una respuesta de fondo pueden consultarse las sentencias T-467 de 1995, T-414 de 1995 y T-948 de 2003.

¹⁰ Sentencias T-610 de 2008 M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-814 de 2012 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹¹ Sentencia T-610 de 2008 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Sentencia C-510 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

¹³ Ver las sentencias T-259 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-814 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

¹⁴ Sentencia T-149 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Vale la pena traer a colación aspectos de orden constitucional, que tienen que ver con el derecho invocado, del cual busca protección, acotando que la Corte Constitucional en Sentencia C-463 de 2008, se refirió al Derecho Fundamental a la Salud y Seguridad social, y en ella expuso:

“2.1 El sistema de seguridad social en salud está caracterizado en el ordenamiento superior como un derecho irrenunciable de toda persona y un derecho fundamental en razón de su universalidad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 48 Superior que dispone que “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

Así mismo, las disposiciones superiores le otorgan a la seguridad social en general el carácter de servicio público obligatorio, que tiene que ser prestado bien por el Estado de manera directa o bien por los particulares, pero siempre de conformidad con la ley (artículo 48 CN).

(...) Es claro entonces que el principio de universalidad en salud conlleva un doble significado: respecto del sujeto y respecto del objeto del sistema general de salud. (i) Respeto del sujeto, esto es, del destinatario de la seguridad social en salud, el principio de universalidad implica que todas las personas habitantes del territorio nacional tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud. (ii) Respeto del objeto, esto es, la prestación de los servicios de salud en general, este principio implica que todos los servicios de salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de la misma; razón por la cual deben estar cubiertos todos estos servicios dentro de los riesgos derivados del aseguramiento en salud.

Del principio de universalidad en materia de salud se deriva primordialmente el entendimiento de esta Corte del derecho a la salud como un derecho fundamental, en cuanto el rasgo primordial de la fundamentabilidad de un derecho es su exigencia de universalidad, esto es, el hecho de ser un derecho predicable y reconocido para todas las personas sin excepción, en su calidad de tales, de seres humanos con dignidad.

En cuanto al principio de solidaridad ha establecido la Corte que esta máxima constitucional “exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber:

En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.

En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia”.¹⁵

Finalmente, para la Corte el principio de eficiencia en materia de salud hace relación al arte de la mejor utilización y maximización de los recursos financieros

¹⁵ Sentencia C-623-04, M.P. Rodrigo Escobar Gil



disponibles para lograr y asegurar la mejor prestación de los servicios de salud a toda la población a que da derecho la seguridad social en salud¹⁶.

La naturaleza constitucional expuesta del derecho a la seguridad social en salud junto con los principios que la informan ha llevado a la Corte a reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud”.

De igual manera, es indispensable traer a colación los preceptos que la alta corporación constitucional ha demarcado respecto de la tutela como mecanismo principal, subsidiario y transitorio, que en sentencia SU-544/01¹⁷, expresó:

“(…) Tutela como mecanismo principal de protección.

8. La protección de los derechos constitucionales no es un asunto reservado a la tutela. El ordenamiento jurídico en su integridad debe respetar los derechos constitucionales (C.P. art. 4) y todas las herramientas judiciales dispuestas por el legislador deben permitir su protección (C.P. art. 2).

En este contexto, se debe entender que los recursos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos. El juez está obligado a resolver el problema legal sometido a su consideración. Sin embargo, dicha solución no puede comprometer los derechos fundamentales de los asociados. Por el contrario, en el proceso ordinario se está en la obligación de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5). De ahí que la tutela adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial.

(…)

a) Hay situaciones de hecho absolutamente consolidadas e irreversibles, en las cuales, razones de orden natural impiden una protección integral que mantenga el derecho fundamental en el mismo estado en que se encontraba antes de su vulneración. Por ejemplo, bienes personalísimos como la vida y la integridad personal, que resultan perdidos o disminuidos como consecuencia de un peligro creado por una autoridad pública.

(…)

Tutela como mecanismo transitorio de protección. Consideraciones generales.

10. Como lo ha explicado esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo excepcional que sólo puede ser empleado ante la ausencia de otro u otros instrumentos judiciales considerados principales u ordinarios. El carácter subsidiario de la acción de tutela condiciona el ejercicio del derecho público subjetivo que tienen las personas para acudir ante los jueces, en demanda de la protección prevista en el artículo 86 de la Carta Política.

Sin embargo, el constituyente permite que, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, la solicitud de tutela pueda ser presentada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La posibilidad de dar trámite a una petición de amparo como mecanismo transitorio requiere, en primer lugar, demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, en segundo lugar, la existencia de otro mecanismo de defensa judicial. Este último, considerado como instrumento judicial principal u ordinario, deberá ser de una entidad tal que por sus características pueda ser homologado temporalmente, es decir, mientras se tutela “transitoriamente”. Estos elementos no pueden, nuevamente, considerarse en abstracto, sino a partir de las condiciones propias del proceso.

¹⁶ Ver también Sentencia C-623-04, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



Improcedencia cuando se ha consumado la vulneración. No hay perjuicio irremediable, cuando no es viable la protección in natura del Derecho Fundamental.

11. El trámite de la tutela como mecanismo transitorio exige la existencia de un perjuicio irremediable. En este caso, el peticionario deberá demostrar que se encuentra frente a un riesgo que, según la jurisprudencia, se caracteriza por lo siguiente:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios,



urgentes e impostergables, que conlleven, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas". Sentencia T-225 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Cabe señalar que la eventualidad de un perjuicio que reúna estas características no es materia que pueda apreciarse al margen de los derechos constitucionales amenazados. Si bien el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política autoriza la tutela como mecanismo transitorio, ello no implica que el demandante esté relevado, en algunos casos, de precisar el carácter de la amenaza al derecho fundamental y que el juez, mucho menos, esté en libertad de ordenar la protección constitucional al margen de toda consideración sobre los derechos fundamentales en peligro. Por el contrario, la medida cautelar reforzada que constituye la tutela como mecanismo transitorio, exige que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales de las personas sea de tal naturaleza que, salvo que intervenga la justicia constitucional, se presentará un menoscabo en extremo gravoso para la persona.

La existencia de dicho menoscabo, que supone la adopción de medidas urgentes, requiere un análisis sobre los hechos acaecidos a fin de establecer si el derecho fundamental realmente está en peligro inminente. Si la amenaza ha cesado y se ha verificado una vulneración, la tutela no operará como mecanismo transitorio, pues no se busca evitar el perjuicio, sino que se deberá entrar a declarar su violación y a exigir la reparación. Sin embargo, se repite, dicho análisis no es abstracto. Únicamente las circunstancias particulares y los derechos involucrados en el caso, podrán indicar si resulta procedente la medida cautelar.

Dicho análisis, por otra parte, deberá llevar a establecer si realmente es posible "restablecer" el derecho fundamental violado. Como se ha indicado antes (ver fundamento jurídico 9) circunstancias naturales, jurídicas o institucionales, pueden hacer imposible que el derecho se restablezca, en el sentido de volver las cosas al estado anterior. Esta consideración parte de reconocer que existe la posibilidad de que hechos amenazantes no agoten el derecho, sino que el perjuicio reviste cierto carácter de tracto sucesivo¹⁸. (...)".

VII. CASO EN CONCRETO

El señor ANIBAL DIAZ AFANADOR identificado con la Cédula de Ciudadanía número 8'708.383 expedida en Barranquilla, en contra de MEDIMÁS E.P.S. SAS, propendiendo por la protección de sus Derechos Fundamentales Petición y Seguridad Social.

Afirma el libelista que en fecha 28 de enero de 2021, presentó Derecho de Petición en el cual solicitaba que (i) sea reversado el mal procedimiento administrativo que lo traslado al régimen contributivo; (ii) se aclare y rectifique que se encuentre afiliado al régimen de salud subsidiado para lo cual solicita un certificado donde conste que a la fecha pertenezco a dicho régimen y (iii) que los cobros que se hayan generado en las E.P.S. MEDIMÁS y SANITAS Contributivo, por el error administrativo, sean retirados desde la fecha del traslado .

Según el accionante, le han dado respuestas a su pedimento, la cual aportó con el escrito de tutela, pero la respuesta dada es genérica y sin resolver de fondo su pedimento.

EN LO RELACIONADO CON EL DERECHO DE PETICIÓN

Lo primero que constata este Despacho Judicial, de cara a lo anterior, es que la situación que dio origen a la reclamación constitucional en torno al Derecho de Petición ya está superada. Por tanto, la inmediata y eficaz protección de los derechos fundamentales, como objetivos de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, carece de actualidad y pierde su razón de ser; veamos:

¹⁸ Sobre el particular, ver sentencia T-823 de 1999



Ahora bien, para desatar el presente asunto, como primera medida se tiene que el Derecho de Petición se encuentra regulado en la Ley 1755 de 2015 (*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*), señalándose en el artículo 14 el término en que deben ser resueltas las peticiones:

“Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: 1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades ' en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.”.

Empero, con ocasión de la declaratoria de emergencia sanitaria en el país, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo N° 491 del 28 de marzo de 2020, y en relación con el tema que aquí nos ocupa, estableció en su artículo 5° lo siguiente:

“(…) Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo. (...).”.

En efecto, de las probanzas allegadas por el inicialista, se constata que elevó un Derecho de Petición datado el 27 de enero de 2021, presentado en MEDIMÁS E.P.S. SAS, vía electrónica, arrojando un radicado de recibido “#AV_00515064”, contentivo de solicitud de “1. Sea reversado el mal procedimiento administrativo que me traslado al régimen contributivo. 2. Se aclare y rectifique que me encuentro afiliado al régimen de salud subsidiado para lo cual solicito un certificado donde conste que a la fecha pertenezco a



dicho régimen. 3. Que todos los cobros que se hayan generado en la E.P.S. sanitas por su error administrativo desde la fecha del traslado sean retirados de mi cargo.”.

Ahora, el accionante al presentar la demanda de Tutela afirmó que, dicho requerimiento a la fecha no le había sido resuelto por la entidad a que se dirigió, dándose una respuesta genérica y sin resolver de fondo su pedimento, menoscabado su Derecho Fundamental de Petición.

Sin embargo, de las probanzas allegadas por parte de la entidad accionada, se evidencia que, mediante mediante oficio de fecha 29 de enero de 2021, suscrito por el Vicepresidente de Operaciones, dirigido al accionante ANIBAL DIAZ AFANADOR, adjuntando constancia de la remisión respectiva a la dirección electrónica aportada por el solicitante (anibalafanador2058@gmail.com y angelicadiaz0410@gmail.com), la empresa de salud accionada emitió respuesta al requerimiento efectuado por el accionante en su Derecho de Petición, en la que se observa que resolvió completamente, en forma clara y de fondo, el requerimiento allí contenido en lo referente al trámite dado del traslado realizado a SANITAS E.P.S., desatando cada una de las solicitudes planteadas por el aquí tutelante.

En ese sentido, una vez analizada la contestación otorgada por MEDIMÁS E.P.S. SAS, que para fines de ilustración precisa el despacho trae a colación detalladamente, puede concluirse que reúne los requisitos que integran el núcleo esencial del Derecho de Petición, pues fue resuelta materialmente, de fondo, clara, precisa y congruente con lo requerido por la solicitante, siendo debidamente comunicada para efectos de posibilitar el escenario constitucional de defensa y contradicción y el uso de los recursos ante las instancias competentes, de no ser de recibo pleno a respuesta otorgada.

Aunado a ello, sin que sea indispensable efectuar un análisis más a fondo del asunto que nos ocupa, conforme a la H. Corte Constitucional y el aspecto jurídico constitucional que se planteó como hermenéutica jurídica a desarrollar en el presente asunto¹⁵, *“una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, **sin perjuicio de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario** (Negrilla y subraya del Despacho); es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea (artículos 2, 86 y 209 de la C.P.); y es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución verse sobre lo pedido y no sobre un tema semejante, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta”*, conclusión de la que deviene que, ante la ausencia de amenaza del Derecho Fundamental de Petición por parte de la accionada, en tal sentido deberá negarse el amparo del derecho deprecado.

EN LO QUE RESPECTA AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Según la situación fáctica planteada por el accionante, todo inicia cuando se efectúa su traslado entre la E.P.S. MEDIMÁS E.P.S. a SANITAS E.P.S., desde el 1 de diciembre de 2020, encontrándose según su dicho en el régimen subsidiado y la primera de tales entidades de salud no informó a la otra que se encontraba en tal régimen, sino por el contrario comunicó que era el contributivo.

Al respecto SANITAS E.P.S., a través de su Subgerente Regional manifiesta que, el señor ANIBAL DIAZ AFANADOR, se encuentra afiliado a la E.P.S. SANITAS S.A.S., a partir del 01 de diciembre de 2020, cedido por la E.P.S. MEDIMAS en calidad de cotizante independiente, en estado activo por emergencia; pero presenta mora por los aportes de los periodos diciembre de 2020, enero, febrero de la presente anualidad. Informando, que le fue entregado por el ADRES como asignación del Ministerio de Salud el archivo R1, en el cual informan que el señor DIAZ AFANADOR corresponde a tipo de cotizante (3) Independiente, al cual se le ha suministrado todos los procedimientos y servicios requeridos por el accionante.



Por lo expuesto, es importante resaltar que el artículo 2.1.1.3 y el capítulo VII del Decreto 780 de 2016 establecen la distinción entre movilidad¹⁹ y traslado²⁰, tratándose entonces de dos figuras diferentes que, además de cumplir con las directrices antes mencionadas, permiten el acceso a los servicios de salud.

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

Por su parte, la movilidad permite a los usuarios del sistema continuar en la misma E.P.S. 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 derecho²¹:

- (i) *Encontrarse inscrito en la misma E.P.S. 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 E.P.S..*
- (iv) *Inscribir la solicitud de traslado de todos los integrantes de su núcleo familiar.*

Por consiguiente, se advierte en el material probatorio allegado que no obra prueba alguna de solicitud de traslado por parte del señor ANIBAL DIAZ AFANADOR, del régimen contributivo al subsidiado, o que cumpliera con los requisitos legales antes mencionados. Por el contrario de la documental aportada por el citado tutelante se advierte en el Formulario Único de Afiliación y Registro de Novedades al SGSSS, de fecha 3 de enero de 2020, que el mismo se afilió en el régimen contributivo y como indicó la SANITAS E.P.S. la información en la cual se encontraba el afiliado fue suministrada por el ADRES como asignación del Ministerio de Salud el archivo R1, en el cual informan que corresponde a tipo de cotizante (3) Independiente.

Para desarrollar el quid de este asunto, es preciso destacar que la procedencia de la acción de tutela debe cumplir el requisito de subsidiariedad, por el cual no puede desplazarse la intervención del Juez Natural en las controversias que se susciten dentro de los casos sometidos a su conocimiento, como ocurre con el presente, y en tal sentido se trae a colación lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-488 de 2014, que al respecto expresa:

“(…) 4.2. En lo que se refiere a la procedibilidad de la tutela contra actos administrativos, la Corte ha señalado como regla general que la solicitud de amparo no es el medio adecuado para controvertirlos, puesto que existen mecanismos administrativos y judiciales para lograrlo²². Sin embargo, ha aceptado su procedencia excepcional, al menos como mecanismo transitorio, cuando: “(i) la actuación administrativa ha desconocido los derechos fundamentales, en especial los postulados que integran el derecho al debido proceso; y (ii) los mecanismos judiciales ordinarios, llamados a corregir tales yerros, no resultan idóneos en el caso concreto o se está ante la estructuración de la inminencia de un perjuicio irremediable”²³.

*En estos casos, con el fin de analizar la afectación del derecho al debido proceso, la Corte ha hecho remisión a las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por tratarse de las formas más usuales de vulneración²⁴. **No***

¹⁹ Artículo 2.1.1.3 - 9 ibídem.

²⁰ Artículo 2.1.1.3- 15 ibídem.

²¹ Artículo 2.1.7.2 del ibídem.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-385 de 2012.

²³ Corte Sentencia, Sentencia T-076 de 2011.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-385 de 2012.



obstante, ha insistido en que siendo la jurisdicción contenciosa administrativa el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración²⁵, la procedencia de la acción de tutela resulta aún más excepcional que contra decisiones judiciales.(...).²⁶ (Negrilla y subraya del Despacho).

En tal sentido es fácilmente deducible que el acudir a este mecanismo sumario de la tutela, no es el apropiado para el caso sub examine, máxime cuando de la situación fáctica planteada, a todas luces deja entrever que lo que se suscita es una controversia que debe ser resuelta en el ámbito administrativo ante la E.P.S. del cual es afiliado, al parecer por el cambio de las circunstancias socioeconómicas, para cuyo trámite existen otros medios idóneos ante la respectiva E.P.S. a la que se dirige o en su defecto ante el Ente Rector de la Salud, los cuales detentan la eficacia, economía y celeridad pertinente para reclamar los derechos en controversia, tal y como lo ha contemplado la honorable Corte Constitucional, deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental; pues considera el Despacho que el escenario principal ante la E.P.S. y la Superintendencia Nacional de Salud ofrece una protección cierta, efectiva y concreta del derecho, en idénticas condiciones que las que podría brindarse por este mecanismo de amparo, y en tal sentido no puede desplazarse la competencia de los Entes naturales, de conformidad con el requisito de subsidiariedad que comporta la acción de tutela.

Por lo expuesto, es importante señalar que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007²⁷ estableció que le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud conocer y resolver asuntos relacionados con conflictos que se generen entre las entidades que componen el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios.; por su parte, la Ley 1438 de 2011²⁸ consagró que el procedimiento jurisdiccional adelantado ante la Superintendencia

²⁵ "Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales. Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad nacional contempla. El recurso de amparo sólo será procedente, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuentan con otro medio de defensa efectivo. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable". Corte Constitucional, Sentencia T-214 de 2004.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-488 del 09 de julio de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁷ Ley 1122 de 2007: "Artículo 41º. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva E.P.S. cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. c. Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del 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 éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Parágrafo 1º. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal. Parágrafo 2º. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la ley 446 de 1998."

²⁸ Ley 1438 de 2011: "Artículo 126. Función Jurisdiccional De La Superintendencia Nacional De Salud. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: "e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las E.P.S. o del empleador". Modificar el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así: "La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad."



se caracteriza por ser “*preferente y sumario*” y señaló los principios que lo rigen, destacando los de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Ello permite entender que el referido procedimiento tiene un carácter principal y prevalente.

Sobre el tema la Corte Constitucional en Sentencia T- 439 de 2018, señaló:

“No obstante, debe señalarse que esta Corte hizo una aclaración respecto de la competencia jurisdiccional de la Superintendencia de Salud, indicando que: “En modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y preponderante. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder ‘como mecanismo transitorio’, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente”.²⁹”

Atendiendo lo anterior, vale tener en cuenta lo señalado por la jurisprudencia constitucional en el sentido que las acciones con que cuente el accionante deben ser lo suficientemente idóneas para defender los derechos que presuntamente le puedan estar siendo vulnerados, a lo cual y descendiendo al caso que nos ocupa, se evidencia que la acción con que cuenta Aníbal Díaz Afanador ante la Superintendencia Nacional de Salud es suficientemente idónea para determinar la viabilidad o no de las pretensiones perseguidas por aquél y en consecuencia remediar cualquier vulneración a sus derechos fundamentales, en el caso que agotada la instancia administrativa ante la respectiva E.P.S. esta proceda a desconocer el derecho a la movilidad, una vez cumpla el ciudadano con los requisitos dispuestos por la Ley para tales efectos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la misma es fallada por una entidad imparcial a cada una de las partes, que a éstas se les brindan iguales oportunidades para que ejerzan su derecho de defensa, aporten las pruebas que pretendan hacer valer como sustento de sus pedimentos y presenten los recursos de ley para atacar las decisiones que consideren contrarias a derecho.

Atendiendo la cuerda argumentativa que antecede, no se evidencia que el accionante se encuentre en estado de indefensión respecto de las E.P.S. accionada y vinculada, habida cuenta a su favor con las acciones pertinentes ante un procedimiento jurisdiccional para hacer valer los derechos que considera le vienen siendo transgredidos.

Llegados a este punto, la existencia de la acción ante la Superintendencia nacional de Salud para la protección de los derechos del accionante tiene la doble connotación de recaer en la improcedencia de la presente acción, primeramente, por no permitir la configuración de los requisitos de procedibilidad de esta contra el particular accionado y como segunda medida, en virtud del principio de subsidiariedad que la gobierna.

Según el postulado en cita, no procede la acción cuando con antelación el legislador ha consagrado otros medios o mecanismos judiciales de defensa, con idoneidad y capacidad para conjurar el agravio, salvo que se invoque como mecanismo transitorio, en eventos en que específicamente la misma ley ha señalado, coligiéndose con ello que no es viable su aplicación al capricho o libre arbitrio del interesado y menos como mecanismo subsidiario, paralelo o alternativo a los ya existentes.

En el señalado orden de ideas, se precisa que la presente acción no puede ser interpuesta para suplantar o evadir los procedimientos que para cada caso especificó ha consagrado el legislador o para remediar lo concerniente al traslado y movilidad de afiliados entre regímenes del sistema general de seguridad social en salud y que es la circunstancia que se considera vulneradora de derechos fundamentales, el accionante, como ya se dijo,

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-117 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.



cuenta con la acción correspondientes ante la E.P.S. respectiva y ante la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impide el ejercicio directo de la presente acción constitucional.

Adicionalmente, debe precisarse que en el sub examine no se evidencia prueba siquiera sumaria que permita establecer la existencia de un perjuicio irremediable producto de la actuación surtida por MEDIMÁS E.P.S. SAS o la vinculada SANITAS E.P.S., pues el accionante no demuestra la afectación de la que pueda ser objeto, sólo hace referencia a que su no asignación en el régimen subsidiado sino al contributivo no le permite solventar económicamente en dicho régimen, sin probar que efectivamente así suceda, por lo que, preciso resulta, evocar lo afirmado por el máximo organismo constitucional, en la sentencia SU-544 de 2001, al referir que en la tutela como mecanismo transitorio, no basta con la existencia de un peligro inminente para el Derecho Fundamental, sino que se requiere que de consumarse la vulneración, se ocasione un perjuicio irremediable. Es decir, que hay urgencia de tomar medidas cautelares, porque de no hacerlo, se consumaría un daño irreparable, y como corolario, si el mecanismo principal únicamente permite una indemnización en principio resulta imposible acudir a la tutela como mecanismo transitorio. En estos casos el perjuicio no es irremediable, porque el ciudadano siempre obtendrá la satisfacción de sus derechos a través de la acción principal, sin peligro alguno de daños irreparables, pues está de por medio una satisfacción meramente patrimonial, que en todo caso le será reconocida de manera integral.

Corolario de lo anterior, el amparo constitucional deprecado no está llamado a prosperar y como colofón se negará por inexistencia de vulneración o siquiera amenaza, con los demás pronunciamientos a que haya lugar. Se dispondrá además lo consecuente con la notificación del fallo y su envío a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.

Como colofón, al no existir vulneración y/o amenaza de derecho fundamental alguno al accionante por parte de SANITAS E.P.S. y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, se ordenará su desvinculación del presente trámite.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR la acción de tutela instaurada por el señor ANIBAL DIAZ AFANADOR identificado con la Cédula de Ciudadanía número 8.708.383 expedida en Barranquilla, en contra de MEDIMÁS E.P.S. SAS., a la que fuera vinculadas SANITAS E.P.S. y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por la inexistencia de vulneración o siquiera amenaza de los Derechos de Petición y Seguridad Social, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. DESVINCULAR a SANITAS E.P.S. y a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, conforme las razones anotadas en el presente proveído.

TERCERO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

CUARTO. Contra este fallo procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

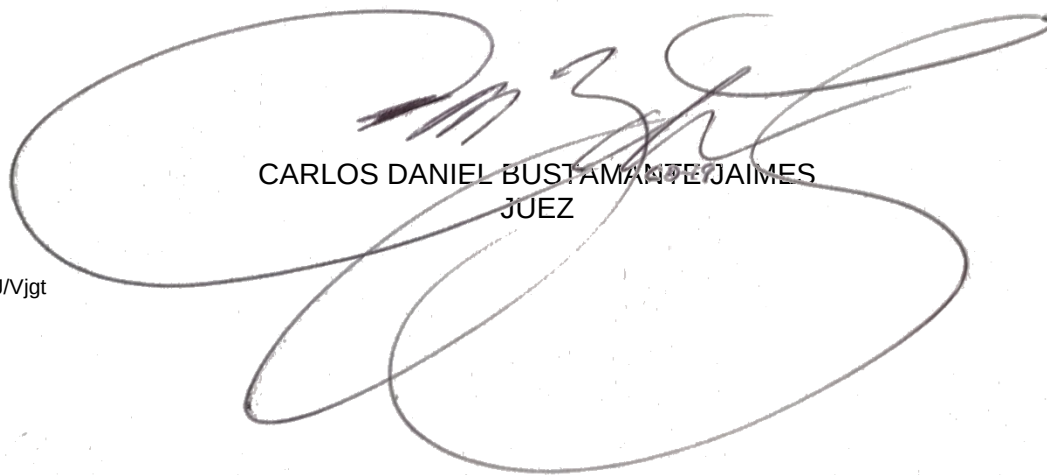


QUINTO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

SEXTO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEPTIMO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ

CDBJ/Vjgt