

MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN MATERIA DE SALUD - Por la falta de una oficina de atención para los afiliados de la Nueva E.P.S. en el municipio de Aguadas – Caldas / MECANISMOS DE COMUNICACIÓN DIGITAL - Insuficientes para garantizar el ejercicio de los derechos de los usuarios en materia de salud

[L]a comunicación entre la Nueva E.P.S. y sus afiliados vía mensaje de texto no es un mecanismo habilitado para que estos puedan acceder a sus autorizaciones médicas y demás trámites administrativos. (...) Aunque la Nueva E.P.S., a lo largo del proceso, mencionara que mediante las líneas telefónicas ofrece a sus usuarios información sobre el estado de las autorizaciones médicas solicitadas, lo cierto es que la vía telefónica tampoco es un medio habilitado por la E.P.S. para solicitar los servicios o programas de salud correspondientes. Ahora bien, la Nueva E.P.S. no desconoció ni cuestionó las evidencias (...) referentes a las cargas desproporcionadas o dificultades físicas, mentales o económicas que supone para algunos usuarios del municipio de Aguadas, el hecho de tener que desplazarse hasta el municipio de Salamina -que se encuentra a 66 kilómetros de distancia- para solicitar los servicios de salud, debido a la ausencia de una “*oficina de atención al usuario de manera personalizada*”. No obstante, la E.P.S. informó que sus afiliados del municipio de Aguadas, habitantes en zonas dispersas y de escasos recursos -además de las oficinas de Chinchiná, Salamina, La Dorada y Manizales-, cuentan con el portal transaccional y la oficina virtual a fin de acceder a los servicios administrativos que necesiten. (...) [C]iertamente dichos mecanismos no son suficientes para garantizar el debido ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud. [L]a Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han señalado que el servicio público y derecho fundamental a la salud se encuentra integrado por unos elementos esenciales, dentro de los cuales, para la presente controversia, cobran especial importancia la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad. Estos elementos no solamente refieren a los servicios de salud propiamente dichos, sino que también aluden a los medios e instrumentos para acceder a dichas prestaciones, es decir, a los establecimientos y bienes de la salud. (...) Pues bien, es evidente que los trámites administrativos que presta una oficina de atención personalizada al usuario o afiliado tienen relación directa con la prestación de los servicios de salud. (...) Aunque Nueva E.P.S. haya replicado que, a través del concepto N.º 2-2017-113233 de 30 de octubre de 2017, la Supersalud manifestó que no existe obligación de tener una oficina de atención al usuario en cada municipio donde se tengan afiliados, la Sala observa que, dadas las condiciones específicas del municipio de Aguadas, dicho criterio no resulta aplicable en la presente controversia. Dicho concepto, además de carecer de vinculatoriedad por mandato legal, según lo referido hasta ahora, tampoco puede ser oponible a la Constitución Política ni a la ley, tanto en sentido estricto (especialmente las leyes de carácter estatutario), como en sentido lato. Pues bien, la Sala observa que una oficina de atención personalizada al alcance de los afiliados de Nueva E.P.S. domiciliados en el municipio de Aguadas resulta de vital importancia para que estos puedan acceder de manera expedita a la información, trámites y servicios en virtud de los cuales se materialice su derecho constitucional a la salud.

FUENTE FORMAL: LEY 1751 DE 2015

ACCIÓN POPULAR –Modifica la orden contenida en la sentencia / DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD – Principios de oportunidad y continuidad / PRINCIPIOS DE SOSTENIBILIDAD Y DE PROGRESIVIDAD – Coexistencia /

PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / OFICINA TRANSITORIA DE ATENCIÓN PARA LOS AFILIADOS – Se debe garantizar a los usuarios el tránsito efectivo hacia los canales de comunicación digitales

La Nueva E.P.S. también debe considerar que sus afiliados habitantes en el municipio de Aguadas tienen derecho a que los servicios de salud se les preste sin dilaciones (oportunidad) y a que los servicios que vienen recibiendo no se interrumpan por razones administrativas (continuidad). El hecho de que los usuarios tengan dificultades para agotar los trámites administrativos que se requieren para acceder a los servicios de salud, sin duda alguna, representa una afrenta contra los principios de oportunidad y continuidad del derecho constitucional a la salud. Además, la Nueva E.P.S. también debe entender y respetar las diferencias culturales de sus usuarios, especialmente, los modos y condiciones de vida, las costumbres y prácticas, los conocimientos y saberes, así como el grado de conocimiento de los habitantes del municipio Aguadas respecto del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a efectos de acceder a los servicios de salud. (...) En atención al principio de progresividad, surge en cabeza de la Nueva E.P.S. un deber concreto consistente en reducir de manera gradual y continua las barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impiden el goce efectivo del derecho constitucional a la salud de sus afiliados en el municipio de Aguadas. (...) En síntesis, es cierto que el sistema de salud debe ser sostenible, pero esto no es una excusa válida para negarse a efectuar las erogaciones que resulten necesarias en pro de la garantía del derecho constitucional a la salud. (...) La Sala no desconoce que este tipo de servicios se puedan prestar mediante las tecnologías de la información y las comunicaciones. Sin embargo, mientras que los usuarios del municipio de Aguadas paulatinamente se van adaptando al uso de las mismas, la Nueva E.P.S. debe prestar todos los servicios que sus usuarios requieran a fin de garantizarles el debido ejercicio del derecho a la salud. (...) Para el caso bajo examen, es deber de la Nueva E.P.S. desplegar las acciones necesarias para que sus usuarios hagan el tránsito efectivo hacia los canales de comunicación digitales, informándoles sobre servicios que se ofrecen por medio de esas plataformas y encargándose de que sus afiliados se familiaricen con uso y los beneficios de los ambientes digitales. Ese tránsito no puede ser abrupto ni impuesto sin considerar los aspectos socioeconómicos que caracterizan a la comunidad de Aguadas – Caldas. (...) Conforme con todo lo expuesto, la Sala concluye que, mientras que la Nueva E.P.S. se encarga de que sus afiliados logren utilizar las T.I.C. para efectos de que accedan de manera efectiva a los trámites y servicios digitales, dicha entidad debe garantizar la debida atención de sus usuarios mediante la ubicación transitoria de una oficina de atención personalizada en el municipio de Aguadas. (...) Por las razones expuestas, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en los siguientes términos. En primer lugar, amparará los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud (...) En segundo lugar, ordenará que la Nueva E.P.S., entretanto que se encarga de realizar todas las actividades que estén a su alcance para conducir el proceso de adaptación de los usuarios del municipio de Aguadas hacia una cultura de comunicación digital en relación con los servicios de salud, debe garantizar la debida atención de sus usuarios mediante la ubicación transitoria de una oficina de atención personalizada en el municipio (...). [S]ordenará que la Nueva E.P.S. disponga, inmediatamente, de algún tipo de mecanismo que permita recibir las solicitudes, peticiones y trámites de sus usuarios en la jurisdicción del municipio de Aguadas, como funcionarios que periódicamente se trasladen a ese municipio con dicho fin u otro similar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 17001-23-33-000-2018-00350-01 (AP)

Actor: MÓNICA PATRICIA SÁNCHEZ CASTAÑEDA

Demandado: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD NUEVA E.P.S.

Referencia: ACCIÓN POPULAR – RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA

Derechos colectivos presuntamente conculcados: DERECHOS DE LOS CONUSMIDORES Y USUARIOS EN MATERIA DE SALUD

Tema: Afectación de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud debido a que en el Municipio de Aguadas – Caldas no hay una oficina de atención personalizada disponible para que los afiliados de la entidad promotora de salud Nueva E.P.S. puedan acceder a sus autorizaciones médicas y demás trámites administrativos.

Sentencia de segunda instancia

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad promotora de salud **Nueva Empresa Promotora de Salud – Nueva E.P.S.**, en contra de la sentencia de 25 de octubre de 2018, proferida la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas.

I. SOLICITUD

La ciudadana **Mónica Patricia Sánchez Castañeda**, en ejercicio de la acción popular establecida en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por las leyes 472 de 1998¹ y 1437 de 2011², presentó demanda³ en contra de la entidad promotora de salud **Nueva E.P.S.**, con miras a obtener la protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios en materia de salud, los cuales consideró vulnerados con ocasión de la falta de una sucursal física de atención al público en el municipio de Aguadas – Caldas, a fin de que los afiliados de esa E.P.S. puedan acceder a las autorizaciones de servicios y medicamentos y demás trámites administrativos.

¹ “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

² “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

³ Folios 1 y ss. del expediente de la referencia. Demanda presentada el 10 de mayo de 2018.

II. LOS HECHOS

Los hechos que fundamentaron la demanda de la acción popular, en síntesis, fueron los siguientes:

II.1. En el municipio de Aguadas – Caldas habita un número de 4.389 personas afiliadas a la entidad promotora de salud Nueva E.P.S. -en adelante la Nueva E.P.S.-, de las cuales, 3.891 se encuentran afiliadas al régimen contributivo y 498 al régimen subsidiado con movilidad.

II.2. Sin embargo, la Nueva E.P.S. es la única entidad que no ha dispuesto de funcionarios ni de una oficina para prestar atención y servicio directo, presencial y permanente a los afiliados del municipio de Aguadas, a pesar de que capta los recursos de todos ellos.

II.3. Los residentes del municipio de Aguadas, afiliados a la Nueva E.P.S., han elevado distintas peticiones ante dicha entidad a fin de que en ese municipio se instale una oficina de atención al público mediante la cual puedan acceder a servicios de atención inmediata como autorizaciones para medicamentos, exámenes especializados y de laboratorio, remisión a médicos especialistas, procedimientos, cirugías, tratamientos, entre otros.

II.4. La Nueva E.P.S. ha manifestado que se encuentran disponibles mecanismos para atención al usuario como oficina virtual, *call center* (centro de atención telefónica) y notificaciones a través de mensaje de texto.

II.5. No obstante, aun cuando la Nueva E.P.S. concede los códigos para acceder de manera virtual, lo cierto es que su uso no ha sido posible habida cuenta de que el programa no responde o se cae. Además, no se ha considerado el hecho de que, para acceder a las autorizaciones médicas por medio digital, los afiliados también requieren de disponibilidad de recursos, y que no toda la comunidad está en condiciones de manejar y acceder a la tecnología.

II.6. Hay una funcionaria de la Nueva E.P.S. que se traslada desde el municipio de Salamina hasta Aguadas únicamente para efectos de realizar afiliaciones. Por lo tanto, los usuarios continúan viéndose en la obligación de desplazarse hasta la oficina de atención al público que se encuentra en el municipio de Salamina para poder acceder a los servicios de autorización ya mencionados.

Los desplazamientos desde el municipio de Aguadas hasta Salamina, les representa a los usuarios un costo mínimo de \$50.000 para pasajes y alimentación, y de \$100.000 si se acude a la oficina de la Nueva E.P.S. que se encuentra en Manizales. De lo contrario, el

usuario debe asumir el costo de \$10.000 que le cobra un tramitador para obtener las autorizaciones del caso después de asistir a una cita médica.

No todas las personas afiliadas a la Nueva E.P.S. se encuentran en las condiciones físicas, mentales o económicas adecuadas para desplazarse a otros municipios con el fin de tramitar las autorizaciones médicas que se requieran, toda vez que algunas de ellas son sujetos de especial protección constitucional como adultos mayores, mujeres embarazadas, personas en condición de discapacidad o con enfermedades ruinosas o catastróficas, o en situación de pobreza.

III. PRETENSIONES

La parte actora formuló las siguientes pretensiones:

“1. Su señoría, como titular de la presente acción popular, solicito de la manera más respetuosa ordene a la Eps “Nueva EPS” instalar, abrir o aperturar oficina permanente de atención al público en el municipio de Aguadas (Caldas) con lo que esta conlleva, y así mismo una plataforma de autorizaciones y certificaciones.

2. Hacer valer los derechos colectivos del grupo de afiliados a la “Nueva EPS” tanto del régimen contributivo (3.891), como del régimen subsidiado (498), teniendo en cuenta que la única EPS que no tiene filial en nuestro municipio”.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

La magistrada de la Sala Unitaria de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a cargo de la sustanciación del proceso, mediante auto de 18 de junio de 2018⁴, admitió la demanda y ordenó la notificación y el traslado correspondientes a la entidad accionada para que contestara, propusiera excepciones y aportara y/o solicitara la práctica de las pruebas que considerare pertinentes. Igualmente vinculó al proceso al Agente del Ministerio Público y al Defensor del Pueblo. Además, dispuso comunicar la acción de la referencia a los miembros de la comunidad.

V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

⁴ *Ibíd.*, folio 76 del expediente de la referencia.

El apoderado judicial de la **Nueva Empresa Promotora de Salud – Nueva E.P.S. S.A.** -en adelante la Nueva E.P.S.-, dentro del término de traslado⁵, se opuso a las pretensiones de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

La Nueva E.P.S. no ha violado los derechos de sus afiliados residentes en el municipio de Aguadas, sino que, por el contrario, les garantiza los servicios de salud a través del único hospital local de nombre Hospital de San José de Aguadas. Allí se les suministran a los usuarios de forma directa los medicamentos que ordenan los profesionales de la salud, los cuales son dispensados por la farmacia del mismo hospital.

El tipo de contrato suscrito entre el Hospital de San José de Aguadas -E.S.E. de primer nivel de atención- y la Nueva E.P.S., es bajo la modalidad denominada de “*Primer Nivel Ampliado*”. Esto significa, de un lado, que se incluye la prestación de algunos servicios de segundo nivel de complejidad y, de otro, que no se requiere del trámite de autorizaciones para los servicios de urgencias, consultas, laboratorio clínico y medicamentos de la lista que hacen parte del contrato y que son ofertados por el Hospital.

La Nueva E.P.S. tiene habilitados, para los afiliados del municipio de Aguadas, los siguientes canales de atención:

i) “*call center*”: mediante la línea gratuita nacional 018000954400 se brinda información general a los afiliados de los regímenes contributivo y subsidiado sobre su estado de afiliación, I.P.S. asignada, estado de autorizaciones, medicamentos, red de servicios, sugerencias e inconformidades, horarios de atención, cambio de I.P.S., entre otros.

Los canales con los que cuentan las Entidades Sociales del Estado son:

ii) Portal transaccional: las I.P.S. podrán ingresar y autorizar para los afiliados de Nueva E.P.S. con hospitalización, todos los servicios que tengan contratados y habilitados para WEB. Dentro de las funcionalidades que ofrece el portal se encuentran: autorizaciones; estado de afiliación; urgencias; radicación de solicitudes CTC (solo régimen subsidiado); seguimiento CTC; hospitalización; legalización pre aprobadas; anulación de autorización; reportes y seguimiento a quejas.

iii) Mensajes de texto: se envían respuestas de las solicitudes a través de mensajes de texto (SMS) para servicios ambulatorios de segunda instancia y CTC – MIPRES.

⁵ *Ibíd.*, folios 83 y ss.

Cuando la autorización la emite la Nueva EPS, le es informada al afiliado vía mensaje de texto, indicándole el número de la pre autorización con el cual debe dirigirse a la farmacia y/o a la I.P.S. que le realizará el procedimiento.

Para la utilización de este canal el usuario debe autorizar a la Nueva E.P.S. el envío de la información a través del diligenciamiento de un formato, el cual será actualizado en el sistema para que quede registrado el celular, o puede ser radicado en cualquier punto de atención al afiliado de Nueva E.P.S.

iv) Línea de atención al usuario gratuita – IVR 018000954400: a través de esta línea telefónica se encontrarán opciones transaccionales como: estado de la afiliación; consulta de I.P.S. asignada; consulta de códigos de pre autorizaciones para medicamentos, procedimientos o insumos; información de red de OAA; trámites de afiliación e inclusión de beneficiarios y trámites comunes (reembolsos, incapacidades, requisitos para radicación de CTC, operadores de pago).

El usuario que llame deberá autenticarse con su número de documento. El citado IVR identificará si se trata de un usuario PAC, POS, POS Adulto mayor, no afiliado o empleador y, dependiendo del caso, indicará el estado de su afiliación y le presentará el menú que corresponda con la información respectiva.

v) Oficina virtual: es un canal de servicio alternativo para municipios en donde no se cuenta con oficina de atención al afiliado, diseñado para que las E.S.E. o I.P.S. puedan acceder a través de internet para radicar y recibir respuestas a solicitudes de servicios médicos de los afiliados que son atendidos en sus instalaciones.

Los servicios que se pueden solicitar por esta herramienta son: cirugías; apoyo dx; apoyo terapéutico; medicamentos; consultas md; laboratorios; medicina y oxígeno domiciliarios. La I.P.S. puede realizar radicaciones todos los días en cualquier horario. El back gestiona las solicitudes inmediatas y/o radica las solicitudes de segunda instancia.

El modelo de prestación de servicios de la Nueva E.P.S. está diseñado para satisfacer las necesidades del afiliado, facilitando el acceso a los servicios sin tener que implementar oficinas de atención al afiliado en cada municipio.

Según la información brindada por la alcaldía municipal de Aguadas, la biblioteca pública y el parque principal están dotados de internet gratuito para sus usuarios, de tal forma que los afiliados a la Nueva E.P.S. pueden acceder fácilmente a los servicios requeridos de manera digital.

Además, en el mes de junio de 2018, se habilitaron para el municipio de Aguadas ocho (8) puntos y kioscos “*vive digital*” para que los usuarios de ambos regímenes (de población vulnerable y habitantes de zonas dispersas) puedan acceder a los servicios administrativos.

La Nueva E.P.S. también cuenta con las oficinas de Chinchiná, Salamina, La Dorada y Manizales para la atención de sus afiliados en el departamento de Caldas.

Precisó que, para el mes de mayo de 2018, los afiliados a la Nueva EPS eran en total 4.262 personas, 514 pertenecían al régimen subsidiado y 3.748 al régimen contributivo.

Así, no está demostrada ningún tipo de afectación de los derechos colectivos invocados, toda vez que la Nueva E.P.S. en su rol de aseguradora, ha cumplido con las obligaciones de garantizar a sus usuarios del municipio de Aguadas el acceso a los servicios de salud.

De otra parte, la comunidad afiliada a la Nueva E.P.S. bien puede hacer uso de su libertad de elegir la empresa promotora de salud que mejor satisfaga sus expectativas.

Finalmente, el apoderado judicial de la Nueva E.P.S. solicitó que se declarara probada la excepción que denominó “*genérica*” y, por tanto, que se ordenara la terminación y archivo del proceso judicial.

VI. AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

El magistrado sustanciador del proceso, mediante auto de 9 de octubre de 2018⁶, declaró fallida la audiencia especial de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998, debido a que no se formuló proyecto de pacto de cumplimiento.

VII. LA SENTENCIA APELADA

La **Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas** encontró acreditada la afectación del derecho colectivo relacionado con el “*acceso al servicio público de salud en condiciones de eficiencia y oportunidad*”, puesto que los afiliados a la Nueva E.P.S. que residen en el municipio de Aguadas no cuentan con una “*oficina de atención al usuario de manera personalizada*” ni con canales idóneos de comunicación para la autorización de los servicios de salud y la realización de otros trámites.

⁶ *Ibíd.*, folios 132 y ss.

El Tribunal consideró que dicha afectación resultaba atribuible a la Nueva E.P.S. toda vez que, de conformidad con el Decreto 780 de 2016 y la Circular Única de la Superintendencia Nacional de Salud, a dicha entidad le corresponde “*contar con un sistema adecuado de atención a los afiliados y con una oficina de atención al usuario ubicada en un sitio de fácil acceso y dotada de las herramientas logísticas y tecnológicas necesarias para su normal funcionamiento*”, no solo para los habitantes del municipio de Aguadas, sino también para los de los municipios cercanos. Es decir que, a través del acompañamiento presencial, se debe guiar a los usuarios en la utilización de las demás herramientas.

Precisó que, si bien la Nueva E.P.S. dispone de otros canales de atención como la oficina virtual, cuyo ingreso se facilitó con la habilitación de kioscos o puntos TIC en ocho veredas del municipio de Aguadas, lo cierto es que dichos mecanismos no han contado con la eficacia suficiente para atender la demanda de los usuarios, pues se demostró que, entre los meses de marzo a septiembre de 2018, solo se emitieron nueve (9) autorizaciones por conducto de ese canal. Dicha cifra es ínfima en comparación con la cantidad de 4.262 personas afiliadas a Nueva E.P.S. Tales resultados revelan que los esfuerzos de divulgación para la utilización de los canales mencionados han sido insuficientes e infructuosos. Igualmente se puso de relieve que, por diferentes factores, los usuarios prefieren la atención personalizada.

Ante la carencia de una oficina de atención al usuario de manera personalizada, los habitantes del municipio de Aguadas afiliados a Nueva E.P.S. deben desplazarse hasta la oficina más cercana que se encuentra a 66 kilómetros de distancia, específicamente en el municipio de Salamina. Este recorrido, además de acarrear unos costos económicos, tarda alrededor de dos horas, lo cual supone una carga excesiva y desproporcionada para los usuarios.

Existe un nexo causal entre la omisión de la Nueva E.P.S. y la vulneración de los derechos, pues es claro que, de existir una oficina de atención al público en el municipio de Aguadas, se lograría la satisfacción de la demanda de servicios de la comunidad. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal, mediante sentencia de 25 de octubre de 2018⁷, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones que fueron formuladas por la NUEVA E.P.S.

SEGUNDO: DECLÁRASE la afectación del derecho colectivo de acceso al servicio público de salud en condiciones de eficiencia y oportunidad por parte de NUEVA E.P.S.

⁷ *Ibíd.*, folios 370 y ss.

TERCERO: En consecuencia, ORDÉNASE a la NUEVA E.P.S. que en el término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, realice las gestiones presupuestales, precontractuales y contractuales necesarias para que en los seis (6) meses posteriores al término inicialmente señalado se materialice la apertura de “una oficina de atención al usuario de manera personalizada” en el municipio de Aguadas (Caldas), que cuente con la infraestructura descrita en el numeral 2.º del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia Nacional de Salud.

CUARTO: CONFÓRMASE el Comité de Verificación de Cumplimiento de la presente sentencia, así: El Personero del Municipio de Aguadas, Caldas, quien lo presidirá, el Director Zonal Caldas de la Nueva E.P.S. y la accionante. El Comité se reunirá previa citación que realice su presidente y deberá presentar cada seis (6) meses informe a este Tribunal sobre el cumplimiento de lo aquí ordenado.

QUINTO: ORDÉNASE la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional, a cargo de la NUEVA E.P.S. Hecha la publicación, deberá remitir constancia de la misma con destino al expediente.

Igualmente por secretaría efectúese la publicación del presente proveído en la página web de la Rama Judicial.

SEXTO: EXPÍDASE y REMÍTASE copia de este fallo con destino a la Defensoría del Pueblo para efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

SÉPTIMO: SIN COSTAS por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión [...]”.

VIII. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **Nueva Empresa Promotora de Salud – Nueva E.P.S. S.A.**, mediante escrito presentado el 6 de noviembre de 2019⁸, interpuso recurso de apelación solicitando que la sentencia de primera instancia sea revocada en consideración a lo siguiente:

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MinTic- instaló en el municipio de Aguadas ocho puntos y kioscos “*vive digital*”, los cuales se encuentran en funcionamiento desde el mes de junio de 2018. Mediante esos dispositivos los usuarios habitantes en zonas dispersas y de escasos recursos, pueden acceder a los servicios

⁸ *Ibíd.*, folios 376 y ss.

administrativos de Nueva E.P.S. En la implementación de los mismos se tiene contemplado unos espacios de socialización para la autogestión a través de los canales no presenciales como la oficina virtual. De las autorizaciones medicas emitidas por ese medio, Nueva E.P.S. entregó el siguiente reporte:

Zonal	Vive Digital	Mar-18	Abr-18	May-18	Jun-18	Jul-18	Ago-18	Sep-18
Zonal Caldas	Vive Digital - Aguadas	0	0	0	9	0	0	0

Adicionalmente, la evidencia de la capacitación de los gestores y administradores de los puntos y kioscos “*vive digital*” es el correo enviado por el MinTic a Nueva E.P.S., donde se encuentra la base con todos los puntos y kioscos a los cuales el Ministerio envió la información para capacitación.

Nueva E.P.S. realizó campaña publicitaria de los puntos y kioscos “*vive digital*” mediante 2000 volantes, 10 afiches, 2000 post it, banner, e-mail, salva pantallas, anuncio parroquial, anuncio perifoneo y mensaje corto de texto a los teléfonos celulares o móviles (SMS) de los afiliados.

La Nueva E.P.S. no ha violado los derechos de sus afiliados residentes en el municipio de Aguadas, sino que, por el contrario, les garantiza los servicios de salud a través del Hospital de San José de Aguadas, único en el municipio. Allí se les suministran a los usuarios de forma directa los medicamentos que ordenan los profesionales de la salud, los cuales son dispensados por la farmacia del mismo hospital.

El tipo de contrato suscrito entre el Hospital de San José de Aguadas -E.S.E. de primer nivel de atención- y la Nueva E.P.S., es bajo la modalidad denominada de “*Primer Nivel*”. Esto significa que no se requiere del trámite de autorizaciones para los servicios de urgencias, consultas, laboratorio clínico y medicamentos de la lista que hace parte del contrato y que son ofertados por el Hospital.

La Nueva E.P.S. ha ido implementado diferentes alternativas para el acceso de canales directos buscando simplificar el trámite de solicitudes y autorizaciones para sus afiliados en el Municipio de Aguadas, como, por ejemplo: i) la Oficina Virtual; ii) el *Call Center* (línea de información 24 horas); iii) notificación a través de mensajes de texto de servicios autorizados; iv) Portal transaccional; v) Línea de atención al usuario gratuita – IVR 018000954400.

Anotó que, si se exigiese la instauración de una oficina de atención al usuario de manera personalizada en cada uno de los 1.123 municipios de Colombia, la implementación y sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud sería inviable e iría en contra del postulado de prevalencia del interés general sobre el particular.

Puso de relieve que, el 30 de octubre de 2017, la Superintendencia de Salud emitió el Concepto N.º 2-2017-113233, en el que señaló que no existe obligación de tener una oficina de atención al usuario en cada municipio donde se tengan afiliados. La E.P.S. debe establecer los mecanismos y procedimientos necesarios para mantener debidamente organizado el sistema de trámites y peticiones.

Por último, indicó que la demanda carece de elementos que sustenten la violación alegada y la injerencia de Nueva E.P.S., por ello, las pretensiones deben ser negadas.

IX. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

IX.1. El apoderado judicial de la **Nueva E.P.S.**, mediante escrito aportado el 5 de marzo de 2010⁹, presentó alegatos de conclusión, reiterando los fundamentos expuestos en el recurso de apelación.

IX.2. La demandante, señora **Mónica Patricia Sánchez Castañeda**, presentó alegatos de conclusión¹⁰ en los siguientes términos:

El canal de comunicación de atención al usuario debe estar en el sitio de residencia de este. El hecho de que los usuarios se vean en la necesidad de trasladarse a otros municipios de Caldas para obtener las autorizaciones medicas que requieren, va en detrimento de su derecho a la salud.

Personas como Lilia Escobar, Jorge Eliecer Palacio, Raúl Ramírez García, Luz Mary Rodríguez Rodríguez, Marleny Arango y Asdrual Hernández, son ejemplos de afiliados a la Nueva E.P.S. que no están en condiciones de acceder y usar la tecnología ni de trasladarse a otros municipios para tramitar las autorizaciones que requieren, habida cuenta de su vulnerabilidad socio-económica, de sus edades avanzadas y del alto grado de deterioro de su salud. Además, aquellas personas que sí pueden acceder a los medios tecnológicos han manifestado que les ha sido imposible acceder a la plataforma de la Nueva E.P.S. toda vez que, al solicitar autorizaciones, el sistema se interrumpe y deja el procedimiento congelado.

⁹ *Ibíd.*, folios 412 y ss.

¹⁰ *Ibíd.*, folios 433 y ss.

Las herramientas digitales, portales transaccionales y kioscos digitales resultan deficientes para satisfacer las necesidades de los afiliados del municipio de Aguadas. Está demostrado que los kioscos no se encuentran en el área urbana del municipio; que no hacen parte de un convenio celebrado entre Nueva E.P.S. y el MinTic. para atender a los usuarios de aquella, y que sus gestores o administradores no se encuentran capacitados para utilizarlos, y mucho menos para desarrollar los trámites que se deben surtir ante la Nueva E.P.S.

También se demostró que no es cierto que al interior de la I.P.S. Hospital de San José de Aguadas, en el marco de un contrato, se adelantaran los trámites de autorizaciones médicas. En realidad, se trataba de que la señora Mari Gutiérrez, de buena fe, en diversas oportunidades enviaba las solicitudes de autorizaciones a la Nueva E.P.S. por correo electrónico, más no porque hiciera parte de sus funciones.

Indicó, por último, que es cierto que, a través de mensaje de texto, llegan las respuestas, pero después de haberlas tramitado personalmente. La Nueva E.P.S. no ha podido certificar el número de personas que han agotado los trámites de autorizaciones por mensaje de texto.

X. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El **Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa**, mediante escrito aportado el 7 de julio de 2010, rindió concepto en el cual solicitó que la sentencia de primera instancia sea modificada en el sentido de ordenar a la Nueva E.P.S. que, por razones de índole presupuestal, se limite a instalar en el municipio de Aguadas un punto móvil de atención de sus usuarios. Esto, con el fin de que puedan realizar sus trámites con prontitud, incluidos aquellos relacionados con la autorización de fármacos de alto costo, los no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), y la transcripción de incapacidades y afiliaciones. Además, el punto móvil también deberá realizar jornadas de capacitación para que los usuarios aprendan a usar los canales virtuales de atención.

Señaló que la Nueva E.P.S. tiene la obligación de contar con canales de atención eficientes y eficaces que permitan la prestación oportuna del servicio. Sin embargo, esto no significa que la E.P.S. tenga que adecuar puntos de atención personalizada en todos los municipios del país.

XI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

XI.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998¹¹, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹² y con el artículo 13 del Acuerdo N.º 080 de 2019¹³, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, en el marco de las acciones populares.

XI.2. Las acciones populares y su procedencia

La acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por las leyes 472 de 5 de agosto de 1998 y 1437 de 18 de enero de 2011, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando estos resulten perturbados por un daño contingente; por un peligro o amenaza; o por un agravio o vulneración, atribuibles a la conducta activa u omisiva de cualquiera persona, natural o jurídica, sea esta de derecho público o privado¹⁴.

Tanto la jurisprudencia Constitucional¹⁵, como de esta Corporación¹⁶, ha reiterado que el **derecho colectivo** es aquel cuyo uso y goce se encuentra a disposición de cualquier

¹¹ “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. Disposición referente a la procedencia de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias proferidas primera instancia en acciones populares.

¹² “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Disposición relativa a la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia.

¹³ Mediante el cual se establece la distribución de los negocios entre las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

¹⁴ Ley 472 de 1998, artículos 2.º, 9.º y 14.

La acción popular es el instrumento procesal público, de rango constitucional y carácter principal, diseñado específicamente para proteger derechos e intereses colectivos; en tal virtud, al juez de la acción popular le asiste la obligación de disponer de las medidas necesarias y adecuadas dirigidas a evitar el daño contingente (**finalidad preventiva**) y/o hacer cesar el peligro o la amenaza, así como la vulneración o el agravio que se presente contra los mismos (**finalidad preventiva/suspensiva**). De igual forma, en caso de que se haya consumado el daño sobre los derechos e intereses colectivos, el operador judicial está en el deber, en tanto sea posible, de adoptar las órdenes apropiadas para restituir las cosas a su estado anterior (**finalidad restaurativa, restitutoria o compensatoria**).

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-622 de 14 de agosto de 2007 (M. P: Rodrigo Escobar Gil): “[...] las acciones populares constituyen el medio procesal mediante el cual se busca asegurar una protección judicial, actual y efectiva, de derechos e intereses transindividuales o colectivos de importante trascendencia social, es decir, de derechos e intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros de una comunidad. [...]. En este contexto [...], la posibilidad de acceder a la justicia para hacer cesar la amenaza o violación de un derecho colectivo, existe para un universo de personas que por pertenecer a la comunidad afectada, conservan el mismo derecho a promover la acción popular. [...]. [P]ara la protección de los derechos colectivos, dada su importancia social, cualquier miembro del grupo afectado está legitimado procesalmente para defenderlos, es decir, para ejercer la acción popular en nombre de toda esa comunidad, con el fin de impedir un daño colectivo o reestablecer el uso y goce del derecho”.

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005. C.P: María Elena Giraldo Gómez. Rad. Núm: 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP): “[...] El derecho colectivo, ha dicho la Sala, no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen; el derecho colectivo

persona, sin obedecer, en principio, a algún tipo de condición; es decir que, por oposición al derecho subjetivo, no es posible que el disfrute y, por consiguiente, la titularidad del derecho colectivo, recaiga exclusivamente sobre el patrimonio de una sola persona o de un grupo específico de personas.

Así pues, por antonomasia, la titularidad de los derechos colectivos tiene algún nivel de indeterminación. Es por ello que, respondiendo a esa realidad, el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 permitió que el mecanismo dispuesto para la protección de derechos colectivos, esto es, la acción popular, sea incoado por *“toda persona natural o jurídica”*.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones¹⁷ acerca de la **naturaleza** de la acción popular, y ha establecido que este mecanismo **se caracteriza** por:

“[...] (i) ser una acción constitucional especial, lo que significa a) que es el mecanismo dispuesto por el constituyente para la protección de un grupo específico de derechos constitucionales, los derechos colectivos, b) que el legislador ordinario no puede suprimir esta vía judicial y c) que le aplican, particularmente, los principios constitucionales; (ii) por ser pública, en tanto dota a todas las personas, sin necesidad de obrar por intermedio de un apoderado judicial, de un instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión de respetar, proteger y garantizar los derechos colectivos frente a las actuaciones de autoridades o de cualquier particular; (iii) por ser de naturaleza preventiva, motivo por el cual, basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca una vulneración para que ésta proceda, pues su objetivo es ‘prevenir la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño’; (iv) por ser también de carácter restitutorio, en razón a que tiene como finalidad el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses colectivos [...]”¹⁸.

es aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada. Por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones en la acción popular está ligada con la existencia real de los siguientes elementos, que para el momento de fallar deben estar establecidos: La acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares y la amenaza o la violación a derechos e intereses colectivos [...]”

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 18 de marzo de 2010. C.P. (E): María Claudia Rojas Lasso. Rad. Núm: 44001-23-31-000-2005-00328-01(AC): *“[...] Esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha explicado el concepto y alcance de los derechos colectivos y ha señalado que: “Los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley” [...]”*

¹⁷ Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; T-466 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-443 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-254 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En relación con el **carácter preventivo de las acciones populares**, tanto la Corte Constitucional¹⁹ como el Consejo de Estado²⁰, han establecido que la prosperidad de la acción popular no depende de que exista un daño o perjuicio, pues la posibilidad de que se vulnere un derecho colectivo es razón suficiente para que el juez conceda la acción y adopte las medidas necesarias para evitar que la vulneración se presente.

Según lo ha señalado el Consejo de Estado en forma reiterada²¹, los supuestos sustanciales para la procedencia de las acciones populares son: **(i)** la existencia de una acción u omisión por parte de autoridades públicas o de los particulares, en relación con el cumplimiento de sus deberes legales²², **(ii)** la existencia de un daño contingente, peligro, amenaza, o vulneración de derechos o intereses colectivos; y **(iii)** la relación de causalidad entre la acción u omisión, y la afectación de los derechos e intereses mencionados²³.

XI.3. Planteamiento del problema

XI.3.1. La ciudadana Mónica Patricia Sánchez Castañeda le atribuyó a la entidad promotora de salud la **Nueva E.P.S.**, la afectación de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios en materia de salud, debido a la falta de una sucursal física de atención al público en el Municipio de Aguadas – Caldas, a fin de que los afiliados de esa E.P.S. puedan acceder a las autorizaciones de servicios y medicamentos y demás trámites administrativos.

XI.3.2. La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia de 25 de octubre de 2018, encontró que el derecho colectivo “*de acceso al servicio público de salud en condiciones de eficiencia y oportunidad*”, estaba siendo afectado por cuenta de que los afiliados a la Nueva E.P.S. que residen en el municipio de Aguadas no cuentan con una “*oficina de atención al usuario de manera personalizada*” ni con canales idóneos de comunicación para la autorización de los servicios de salud y la realización de otros trámites.

¹⁹ Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: N°2002-2693-01.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C., 5 de marzo de 2015. Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP). Actor: Defensoría del Pueblo - Regional Boyacá. Demandado: Fiscalía General de La Nación - Dirección Seccional de Fiscalías De Tunja – CTI.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de junio de 2011, Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Radicación número: (AP) 25000-23-27-000-2005-00654-01. En aquella ocasión la Sección Primera estableció que la amenaza y/o vulneración de los derechos colectivos, se examina a la luz de la conducta diligente o negligente de las autoridades públicas o de los particulares, en cuanto al cumplimiento de sus deberes legales tendientes a protegerlos o a abstenerse de lesionarlos.

²³ Sobre el particular ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de junio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP).

El Tribunal encontró que dicha situación se debe a que la Nueva E.P.S. incumple su obligación legal de “*contar con un sistema adecuado de atención a los afiliados y con una oficina de atención al usuario ubicada en un sitio de fácil acceso y dotada de las herramientas logísticas y tecnológicas necesarias para su normal funcionamiento*”, no solo para los habitantes del municipio de Aguadas, sino también para los de los municipios cercanos.

En consecuencia, el Tribunal dispuso que la Nueva E.P.S. debía realizar las gestiones presupuestales, precontractuales y contractuales necesarias para materializar la apertura de “*una oficina de atención al usuario de manera personalizada*” en el municipio de Aguadas - Caldas.

XI.3.3. Inconforme con la determinación de primera instancia, la Nueva E.P.S. interpuso recurso de apelación aduciendo, fundamentalmente: i) que sus afiliados pueden acceder a los servicios administrativos que requieran utilizando alguno de los ocho (8) puntos y kioscos “*vive digital*”, los cuales cuentan con gestores y administradores capacitados; ii) que los afiliados no requieren de autorizaciones médicas puesto que el único hospital del municipio les suministra directamente los medicamentos que se les ordenan; iii) que los usuarios cuentan con diferentes alternativas para el acceso de tramites; y iv) que instalar una oficina de atención al usuario de manera personalizada en cada municipio del país es inviable.

XI.3.4. Así las cosas, le corresponde a la Sala determinar si *¿existe afectación de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud debido a que en el municipio de Aguadas – Caldas no hay una oficina de atención personalizada disponible para que los afiliados de la entidad promotora de salud Nueva EPS puedan acceder a sus autorizaciones médicas y demás trámites administrativos?*

Previamente a la resolución del caso concreto, la Sala considera necesario hacer referencia a los derechos de los consumidores y usuarios; al derecho y servicio público de salud, y al acceso y uso eficiente y equitativo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -T.I.C.-.

XI.4. Derechos de los consumidores y usuarios

Pese a que el artículo 88 de la Constitución no alude expresamente a los derechos de los consumidores como susceptibles de protección por vía de la acción popular, el Consejo de Estado ha reconocido y amparado tal derecho con base en “*el desarrollo de la habilitación al legislador para reconocer otros derechos de esta índole contenida en esta disposición, el literal n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998*”. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que:

[...]. Se trata, con todo, de una decisión legal que tiene un firme sustento constitucional. El reconocimiento que hacen los artículos 78 y 369 de la Constitución, de los consumidores y usuarios como un segmento específico de la población, al cual se reconoce un conjunto de derechos y en relación con el cual se encomienda al Estado y a los productores y distribuidores de bienes y servicios una serie de responsabilidades y deberes, envuelve una decisión del constituyente estructurante del orden constitucional económico, a la par que ofrece cobertura suficiente y explica esta determinación del legislador. Su finalidad, en últimas, es hacer de la acción popular un canal más para la protección de los intereses de un colectivo tan significativo dentro del funcionamiento del sistema económico social de mercado instaurado por la Constitución como los consumidores y usuarios, caracterizado por su vulnerabilidad y posición de desigualdad en las relaciones de consumo. De aquí que como ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Sala de Decisión “los instrumentos que el ordenamiento jurídico contempla para la protección de los derechos de los consumidores, pueden ser individuales o colectivos”²⁴.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 78 Superior:

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

En este orden de ideas, se tiene que el reconocimiento de este derecho colectivo busca establecer una suerte de contrapeso a la libertad de empresa proclamada por la Carta como uno de los pilares del sistema económico, en tanto que apunta a focalizar la atención de las autoridades no solo en la promoción de la libre competencia y el eficiente funcionamiento del mercado, sino también en este segmento de la población que por sus características (lega, y por lo tanto, desprovisto de información y conocimiento profundo

²⁴ Sentencia de 3 de junio de 2010, Rad. No. 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP). C.P.: María Claudia Rojas Lasso. Respecto de la legítima coexistencia de mecanismos de amparo de derechos individuales con acciones populares, véase la sentencia del 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

del bien o servicio que se adquiere) y la posición que ocupa (carente de un poder de negociación significativo en el mercado) tiende a ser la parte débil de las transacciones que tienen lugar con productores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios. La proclamación del Estado social y democrático de Derecho resulta incompatible con una visión del sistema económico que centre la protección constitucional de las relaciones económicas solo en dirección de amparar la libertad de emprender, de contratar y la libre competencia. A causa de la desigualdad propia de las relaciones de consumo, la consideración de la comunidad de personas a quienes se dirige la actividad desarrollada por los sujetos que actúan en ejercicio de las libertades que proclama el artículo 333 de la Constitución y de sus particularidades resulta imperativa²⁵.

Dada su posición de inferioridad y necesidad de protección el artículo 78 Superior es explícito en señalar ámbitos que involucran a consumidores y usuarios en los cuales el Estado debe centrar su atención. Es el caso de la regulación del control de calidad de bienes y servicios ofrecidos a la comunidad y de la información que se debe suministrar al público en su comercialización, así como del régimen de responsabilidad imputable a quienes atenten contra la salud, la seguridad o el adecuado abastecimiento de los consumidores y usuarios en la producción y comercialización de bienes y servicios. De aquí el carácter tuitivo del Derecho del Consumo y su preocupación por modular principios clásicos del Derecho Privado como la igualdad y la autonomía de la voluntad, que aun cuando aplicables, son permeados y atemperados por las normas constitucionales que sustentan esta materia.

La protección de los consumidores no es, pues, un asunto que constitucionalmente pueda resultar indiferente para las autoridades. En desarrollo de esta responsabilidad se han expedido normas como el Decreto 3466 de 1982 o, recientemente, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), en virtud de las cuales se establece que los consumidores y usuarios tienen, entre otros, derecho a: (i) que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores²⁶; (ii) a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación²⁷; o (iii) a recibir protección contra la publicidad engañosa²⁸. Igualmente, y en paralelo con este último derecho, se ha establecido la prohibición de publicidad engañosa²⁹, entendida como “[a]quella cuyo

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00617-01(AP). También, de esta misma Sala de Decisión, ver la sentencia de 20 de junio de 2013. C.P: Guillermo Vargas Ayala. Rad. 25000-23-24-000-2010-00618-01.

²⁶ Artículo 3.1.2 del Estatuto del Consumidor.

²⁷ Artículo 3.1.3 ídem.

²⁸ Artículo 3.1.4 íbidem.

²⁹ ARTÍCULO 30. PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDAD. Está prohibida la publicidad engañosa. El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de

*mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”;*³⁰ y se ha impuesto una especial carga de advertencia en cabeza de los productores y distribuidores de bienes nocivos para la salud de las personas³¹. El desconocimiento de estas reglas y de todas aquellas estatuidas en aras de proteger a este grupo conlleva una afectación del derecho colectivo proclamado por el literal n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 susceptible de ser amparado en sede de acción popular. [...]”. [Subraya la Sala].

XI.5. Del servicio público y derecho constitucional a la salud

La Constitución Política de 1991 establece que “[l]a **seguridad social es un servicio público** de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. [...]”. En tal virtud, la cobertura de los servicios del Sistema de Seguridad Social será ampliada progresivamente³². De igual forma, **la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable** que se encuentra en cabeza de todos los habitantes del territorio. [Resalta la Sala].

Asimismo, la Constitución traza el mejoramiento de la calidad de vida de la población como una de las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, para lo cual fijó en cabeza de las entidades del Estado, el objetivo prioritario de solucionar las necesidades insatisfechas de las personas en materia de salud, entre otras³³.

En desarrollo del precepto mencionado, la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 dispuso que “[l]a *Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional,*

comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.

³⁰ Artículo 5.13 del Estatuto del Consumidor.

³¹ ARTÍCULO 31. PUBLICIDAD DE PRODUCTOS NOCIVOS. En la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso. El Gobierno podrá regular la publicidad de todos o algunos de los productos de que trata el presente artículo. PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo, no podrá ir en contravía de leyes específicas que prohíban la publicidad para productos que afectan la salud.

³² Artículo 48.

³³ Artículo 366.

con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”³⁴. [Resalta la Sala].

El Sistema de Seguridad Social Integral se compone de aquellas prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios que se proyectan en favor de la comunidad ante las contingencias que puedan afectarla, a fin de protegerla en sus derechos irrenunciables y garantizarle su dignidad y calidad de vida³⁵.

Por su parte, la Constitución también señala que la **salud** es un derecho fundamental de los niños³⁶ y, además, que se garantiza a todas las personas el **servicio público** de atención de la salud, el cual se encuentra a cargo del Estado, comprende el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y está regido por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad³⁷.

La Ley Estatutaria 1751 de 16 de febrero de 2015³⁸ advierte que **el derecho fundamental a la salud** es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual, como en lo colectivo. En esa medida, “[...] [c]omprende 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. El Estado adoptará 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 conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado**”³⁹. [Resalta la Sala].

Adicionalmente, dicha regulación establece los siguientes elementos y principios del derecho fundamental a la salud:

“Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

*a) Disponibilidad. **El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;***

³⁴ Preámbulo.

³⁵ *Ibíd.*, artículo 1.°.

³⁶ Artículo 44.

³⁷ Artículos 49 y 64.

³⁸ “*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”.

³⁹ Artículo 2.°.

b) *Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;*

c) *Accesibilidad. **Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables** y al pluralismo cultural. **La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;***

d) *Calidad e idoneidad profesional. **Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico** y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, **enriquecida con educación continua** e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.*

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) *Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;*

b) *Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;*

c) *Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;*

d) *Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. **Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;***

e) Oportunidad. **La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;**

f) Prevalencia de derechos. *El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;*

g) Progresividad del derecho. **El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;**

h) Libre elección. *Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación;*

i) Sostenibilidad. **El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;**

j) Solidaridad. **El sistema está basado en el mutuo apoyo** entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades;

k) Eficiencia. **El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;**

l) Interculturalidad. **Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global;**

m) Protección a los pueblos indígenas. *Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias*

cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

n) *Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.*

*Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección*⁴⁰. [Resalta la Sala].

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-313 de 29 de mayo de 2014 estudió la exequibilidad del proyecto de ley⁴¹ que posteriormente se convertiría en la Ley Estatutaria 1751 de 2015. En esa oportunidad, al analizar el inciso primero del artículo 15⁴², la Corte aclaró en qué consisten los medios dispuestos por el legislador estatutario para garantizar el acceso a los servicios de salud, de la siguiente forma:

*“El primer inciso prescribe que el sistema garantizará el derecho **a través de la prestación de servicios y tecnologías** estructurados sobre una concepción integral de la salud que incluya las diferentes fases que puede implicar el estado de salud. [...].*

En lo concerniente a los medios, el legislador estatutario estimó que debían ser los servicios y tecnologías. Respecto de tales medios, advierte la Corte que no incluyen todos los elementos señalados por la Observación 14 para la prestación del servicio. Reiteradamente se ha indicado en esta providencia que los medios integrantes del conjunto de elementos de acceso al servicio, implican las facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud, por ende, la interpretación amplia y a favor del goce efectivo del derecho fundamental tiene también lugar en este contenido del artículo 15.

⁴⁰ La Corte Constitucional, en sentencia C-313 de 29 de mayo de 2014 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) analizó la constitucionalidad del proyecto de ley respectivo.

⁴¹ Proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

⁴² “Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. [...]”.

Por ello, el enunciado del inciso primero, se declarará constitucional en razón y acorde con las precisiones hechas. [...].

Artículo 15

En lo que respecta al artículo 15 la Corporación halló concordantes con la Constitución los incisos 1, 2 y 3 [...].

En cuanto al inciso 1° se reiteró, como en otros casos, que los medios integrantes del conjunto de elementos de acceso al servicio implican las facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud'. [Resalta la Sala].

Posteriormente, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional revisó la acción de tutela instaurada por el Defensor del Pueblo de Vaupés en contra del Ministerio de Salud, de la Gobernación y la Secretaría de Salud de Vaupés, de las alcaldías y secretarías de salud de Mitú, Carurú y Taraira, de la E.S.E. Hospital San Antonio de Mitú, de Mallamas E.P.S., de Caprecom E.P.S., de Nueva E.P.S. y Cafesalud E.P.S., al considerar que la ausencia de centros de salud o unidades básicas de atención y la deficiente prestación del servicio de salud afecta los derechos fundamentales de la población de Vaupés a la dignidad humana, a la igualdad, a la integridad personal, al derecho a la salud y a la seguridad social.

Así pues, en sentencia T-357 de 26 de mayo de 2017 (M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado), la referida Sala de Revisión, a efectos de acceder al amparo de los derechos fundamentales deprecados, se refirió al contenido de los elementos esenciales del derecho a la salud, en los siguientes términos:

"38. Ahora bien, en lo atinente a su cobertura, como mandato general, es claro que el derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. [...].

A su vez, la Observación precisa que el elemento de accesibilidad presenta cuatro dimensiones: no discriminación, **accesibilidad física**, accesibilidad económica y acceso a la información. Al respecto, señala una serie de **características que deben cumplir los establecimientos, bienes y servicios de salud**, a saber: (i) deben ser **accesibles, de hecho y de derecho**, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; (ii) **deben estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados**, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las

mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA; y (iii) los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el **principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos**[144].

Sobre la aceptabilidad, el Comité indica que “todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”[145].

[...].

108. La dimensión de disponibilidad implica que **el Estado debe tener “un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”**[262]. Esta faceta está ligada a la existencia de personal de salud y de condiciones adecuadas para garantizar la prestación. [...]”. [Resalta la Sala].

Finalmente, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-579 de 18 de septiembre de 2017 (M.P: Cristina Pardo Schlesinger), previo a resolver dos acciones de tutela acumuladas, reflexionó sobre la naturaleza y dinámica del derecho a la salud en Colombia, así como sobre la necesaria interdependencia de los elementos esenciales para su satisfacción. Veamos:

[...].

Así, **el derecho fundamental a la salud es un derecho de contenido cambiante, que exige del Estado una labor de permanente de actualización, ampliación y modernización en su cobertura, por lo que no es aceptable considerar que ya se ha alcanzado un grado de satisfacción respecto de su garantía. Para ello, es fundamental que el Estado garantice que los elementos esenciales del derecho a la salud como son (i) la disponibilidad, (ii) la aceptabilidad, (iii) la accesibilidad y (iv) la calidad e idoneidad profesional**[36], **siempre estén interrelacionados y que su presencia sea concomitante pues, a pesar de la independencia teórica que cada uno representa, la sola afectación de uno de estos elementos esenciales es suficiente**

para comprometer el cumplimiento de los otros y afectar en forma negativa la protección del derecho a la salud.[37].

[...]. [Resalta la Sala].

XI.6. Del acceso y uso eficiente y equitativo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -T.I.C.-

El 30 de julio de 2009 se expidió la Ley 1341, “*Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–*”^[43], se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”. El objeto de la Ley se planteó así:

*“ARTÍCULO 1º. Objeto. La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, **la protección al usuario**, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como **las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.** [...]. [Resalta la Sala].*

La Ley establece que la investigación, **fomento, promoción** y desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones es una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la Administración Pública y la sociedad y, por ello, **es deber del Estado promover su acceso eficiente y equitativo a todos los habitantes del territorio, en aras de servir al interés general**⁴⁴.

En esa medida, la política de las T.I.C. se regirá, entre otros, bajo los principios de: i) Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; ii) Libre competencia; iii) Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos; iv) Protección de los derechos de los usuarios; v) Promoción de la inversión; vi) Neutralidad Tecnológica; vii) El derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios

⁴³ “ARTÍCULO 6º. Definición de TIC. Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC) son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes”.

⁴⁴ Artículo 2.º.

básicos de las TIC.; viii) Masificación del Gobierno en Línea; ix) Promoción de los contenidos multiplataforma de interés público; y x) Acceso a las TIC y despliegue de infraestructura.

La Ley reconoce que la consolidación de los habitantes del país como una “*sociedad de la información y del conocimiento*” se fundamenta sobre: i) el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; ii) el despliegue y uso eficiente de la infraestructura; iii) el desarrollo de contenidos y aplicaciones; iv) la protección a los usuarios; y v) la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal⁴⁵.

En esa tarea de garantizar el acceso y uso eficiente y equitativo de las T.I.C., la Ley le impuso al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, entre otros, los siguientes deberes:

[...].

2. Definir, adoptar y promover las políticas, planes y programas tendientes a incrementar y facilitar el acceso de todos los habitantes del territorio nacional, a las tecnologías de la información y las comunicaciones y a sus beneficios, para lo cual debe:

*a). Diseñar, formular y proponer políticas, planes y programas que garanticen el acceso y la implantación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, **con el fin de fomentar su uso como soporte del crecimiento y aumento de la competitividad del país en los distintos sectores;** [...].*

*f). Diseñar y desarrollar estrategias masivas que **expliquen a los ciudadanos las utilidades y potencialidades de las TIC.***

*3. Promover el establecimiento de una cultura de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el país, a través de programas y proyectos que **favorezcan la apropiación y masificación de las tecnologías,** como instrumentos que facilitan el bienestar y el desarrollo personal, social y económico.*

*4. Coordinar con los actores involucrados, el avance de los ejes verticales y transversales de las TIC, y el plan nacional correspondiente, **brindando apoyo y asesoría a nivel territorial.***

[...].

⁴⁵ Artículo 3.º.

13. Evaluar la penetración, uso y comportamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el entorno socioeconómico nacional, así como su incidencia en los planes y programas que implemente o apoye.

[...].

16. Procurar ofrecer una moderna infraestructura de conectividad y de comunicaciones, en apoyo para los centros de producción de pensamiento, así como el acompañamiento de expertos, en la utilización de las TIC, capaces de dirigir y orientar su aplicación de manera estratégica.

[...].

18. Formular y ejecutar políticas de divulgación y promoción permanente de los servicios y programas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, promoviendo el uso y beneficio social de las comunicaciones y el acceso al conocimiento, para todos los habitantes del territorio nacional [...]⁴⁶.

[negrillas de la Sala].

XII. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

De conformidad con lo indicado en el planteamiento del problema jurídico (apartado XI.3.), la Sala procederá a resolver si existe afectación de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud debido a que en el municipio de Aguadas – Caldas, no hay una oficina de atención personalizada disponible para que los afiliados de la entidad promotora de salud la Nueva E.P.S. puedan acceder a sus autorizaciones médicas y demás trámites administrativos.

XII.1. La entidad promotora de salud recurrente, la Nueva E.P.S. adujo que cuenta con los siguientes canales de acceso al servicio de sus usuarios: i) notificación a través de mensajes de texto de servicios autorizados; ii) el Call Center (línea de información 24 horas); iii) Línea de atención al usuario gratuita – IVR 018000954400; iv) la Oficina Virtual; y v) el Portal transaccional.

En primer lugar, la Sala advierte que la comunicación entre la Nueva E.P.S. y sus afiliados vía mensaje de texto no es un mecanismo habilitado para que estos puedan acceder a sus

⁴⁶ Artículo 18.

autorizaciones médicas y demás trámites administrativos. Tal y como lo reconoció la E.P.S. en la contestación de la demanda y en otras actuaciones procesales, los mensajes de texto tienen como función notificar a sus afiliados sobre la conclusión o finalización de un trámite. Sin embargo, este conducto no fue dispuesto para que los afiliados inicien los trámites administrativos para acceder a los servicios o programas de salud que requieran.

Aunque la Nueva E.P.S., a lo largo del proceso, mencionara que mediante las líneas telefónicas ofrece a sus usuarios información sobre el estado de las autorizaciones médicas solicitadas, lo cierto es que la vía telefónica tampoco es un medio habilitado por la E.P.S. para solicitar los servicios o programas de salud correspondientes.

XII.2. Ahora bien, la Nueva E.P.S. no desconoció ni cuestionó las evidencias advertidas por el Tribunal Administrativo de Caldas referentes a las cargas desproporcionadas o dificultades físicas, mentales o económicas que supone para algunos usuarios del municipio de Aguadas, el hecho de tener que desplazarse hasta el municipio de Salamina -que se encuentra a 66 kilómetros de distancia- para solicitar los servicios de salud, debido a la ausencia de una “*oficina de atención al usuario de manera personalizada*”.

No obstante, la E.P.S. informó que sus afiliados del municipio de Aguadas, habitantes en zonas dispersas y de escasos recursos -además de las oficinas de Chinchiná, Salamina, La Dorada y Manizales-, cuentan con el portal transaccional y la oficina virtual a fin de acceder a los servicios administrativos que necesiten. En ese sentido, dicha entidad manifestó que realizó campaña publicitaria de los ocho kioscos “*vive digital*” que fueron instalados por el MinTic en el municipio de Aguadas, los cuales son administrados por unos gestores debidamente capacitados.

Aunque la Sala no desconoce que la Nueva E.P.S. haya dispuesto el portal transaccional y la oficina virtual para el servicio de sus usuarios en el municipio de Aguadas, ciertamente **dichos mecanismos no son suficientes para garantizar el debido ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud.**

Como se advirtió en el apartado XI.5., la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han señalado que el servicio público y derecho fundamental a la salud se encuentra integrado por unos elementos esenciales, dentro de los cuales, para la presente controversia, cobran especial importancia la **disponibilidad**, la **accesibilidad** y la **calidad**. Estos elementos no solamente refieren a los servicios de salud propiamente dichos, sino que también aluden a los medios e instrumentos para acceder a dichas prestaciones, es decir, a los establecimientos y bienes de la salud.

La Observación N° 14, emitida el 11 de agosto de 2000 por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales – Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁴⁷, establece que el concepto de establecimientos y bienes de salud comprende, tanto hospitales y clínicas, como los demás establecimientos que tengan algún tipo de relación con los servicios de salud⁴⁸. Como puede observarse, la connotación del concepto conlleva a que la infraestructura de salud este directamente relacionada con los servicios -propriadamente dichos- que deben ser prestados.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha entendido que, dentro del conjunto de elementos que garantizan el acceso a la salud, se encuentran los servicios y tecnologías de salud, pero también los establecimientos, bienes, condiciones y facilidades necesarias para alcanzar el más alto nivel en la prestación del servicio⁴⁹.

Pues bien, es evidente que los trámites administrativos que presta una **oficina de atención personalizada al usuario o afiliado** tienen relación directa con la prestación de los servicios de salud. De allí su importancia en lo que refiere a la **infraestructura de salud**. Así pues, la **disponibilidad del derecho constitucional a la salud** supone que la Nueva E.P.S. debe garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados habitantes en el municipio de Aguadas mediante una oficina de atención de carácter transitorio, mientras se adaptan medios virtuales y se capacita a los usuarios en el manejo y en la aprehensión de los mismos.

En segundo lugar, la **accesibilidad del derecho constitucional a la salud** comporta, por un lado, que los servicios y tecnologías de salud ofrecidos por la Nueva E.P.S. deben estar al alcance de todos sus afiliados habitantes en el municipio de Aguadas en términos de igualdad material, es decir, atendiendo a las necesidades propias de los grupos vulnerables. De otra parte, dicha accesibilidad también comprende que las instalaciones y establecimientos de salud dispuestos por la Nueva E.P.S. se encuentren próximos a los usuarios del municipio de Aguadas.

Cabe resaltar que el acceso a la infraestructura de salud de ninguna manera debe comportar cargas excesivas o desproporcionadas para los habitantes menos favorecidos. Esta es una consecuencia natural en vista de que **cada uno de los afiliados a la Nueva E.P.S., en virtud del principio de equidad, contribuyen para la prestación óptima del servicio de salud.**

⁴⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12.

⁴⁸ Numeral 12, literal a).

⁴⁹ Sentencia C-313 de 29 de mayo de 2014 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

En tercer lugar, los establecimientos de salud de la Nueva E.P.S., además de ser apropiados desde el punto de vista técnico, deben estar centrados en sus usuarios y dotados del personal competente. Estas particularidades guardan relación con la **calidad del derecho constitucional a la salud**.

XII.3. Asimismo, el servicio público y derecho fundamental a la salud se rige por un conjunto de principios que resultan útiles a la hora de dirimir controversias. Tal y como lo indicó la Nueva E.P.S. en el recurso de apelación, es importante analizar las pretensiones de la demanda desde el punto de vista del principio **sostenibilidad**. **Como ya se advirtió, este principio involucra el deber de las autoridades, consistente en disponer de los instrumentos más eficientes, así como de los recursos necesarios para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.** Sin embargo, es de resaltar que este principio no es el único que encuentra aplicación en la presente controversia.

La Nueva E.P.S. también debe considerar que sus afiliados habitantes en el municipio de Aguadas tienen derecho a que los servicios de salud se les preste sin dilaciones (**oportunidad**) y a que los servicios que vienen recibiendo no se interrumpan por razones administrativas (**continuidad**). El hecho de que los usuarios tengan dificultades para agotar los trámites administrativos que se requieren para acceder a los servicios de salud, sin duda alguna, representa una afrenta contra los principios de oportunidad y continuidad del derecho constitucional a la salud.

Además, la Nueva E.P.S. también debe entender y respetar las diferencias culturales de sus usuarios, especialmente, los modos y condiciones de vida, las costumbres y prácticas, los conocimientos y saberes, así como el grado de conocimiento de los habitantes del municipio Aguadas respecto del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a efectos de acceder a los servicios de salud. De manera que el hecho de que la Nueva E.P.S. pretenda que los usuarios de Aguadas accedan de manera efectiva e instantánea a los servicios que se ofrecen mediante plataformas electrónicas, sin *“realizar un esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias”*, supone un agravio contra el principio de **interculturalidad** del derecho constitucional a la salud.

Cabe advertir a la Nueva E.P.S. que su compromiso con la salud de los colombianos va más allá de habilitar ecosistemas digitales para el servicio de sus afiliados. La citada E.P.S. debe promover la ampliación gradual y continua del acceso a los servicios de salud, mejorar su prestación y ampliar la capacidad instalada del sistema (**progresividad**). Para ello, claro está, tendrá en cuenta los desarrollos tecnológicos que permitan hacer más eficiente su labor. Sin embargo, esa tecnificación no puede conllevar a imponerle a sus usuarios el empleo de nuevos mecanismos sin considerar su situación socioeconómica ni proveerlos de

la información, la publicidad, los conocimientos, la capacitación y los tiempos suficientes para que se adapten a las nuevas formas de comunicación. La indiferencia ante ese proceso de transformación quebranta los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud. Como ya se señaló, el centro del sistema de salud y del Estado Social y Democrático de Derecho, es la comunidad.

En atención al principio de progresividad, **surge en cabeza de la Nueva E.P.S. un deber concreto consistente en reducir de manera gradual y continua las barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impiden el goce efectivo del derecho constitucional a la salud de sus afiliados en el municipio de Aguadas.**

Ahora bien, la **sostenibilidad** del sistema de salud es un principio de carácter instrumental en el entendido de que el uso racional de los recursos es un medio para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho constitucional a la salud. El sistema está basado en el apoyo conjunto de todos sus integrantes (**solidaridad**). En tal virtud, sus recursos, servicios y tecnologías deben ser bien utilizados, precisamente en aras de garantizar su propósito, esto es el derecho a la salud de toda la población (**eficiencia**).

Tal y como se indicó en el apartado XI.4. de esta providencia, en razón de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho que contiene la Constitución Política, la protección de los consumidores y usuarios se erige como un contrapeso a la libertad de empresa, precisamente en atención a que la vulnerabilidad de aquellos los convierte en la parte débil en las transacciones mercantiles. La jurisprudencia de esta Sección ha sido enfática en que, debido a la posición de desigualdad que en las relaciones de consumo ostentan los consumidores y usuarios de un producto frente a los respectivos productores o proveedores, resulta imperativa la consideración de sus derechos e intereses.

En el caso concreto esto significa que los estudios de proyección, **sostenibilidad** y eficiencia económica y financiera de una E.P.S., además de ser previos a la hora de pretender incursionar en un mercado, deben comprender todos los elementos que constitucionalmente supone la cobertura del servicio público de salud, indicados en el apartado XI.5. de esta providencia. En esa fórmula ninguno de esos elementos puede quedar por fuera, so pena de atentar contra el derecho constitucional a la salud.

Los más de 4.000 usuarios del municipio de Aguadas contribuyen para que Nueva EPS garantice la cobertura suficiente y expedita de los servicios de salud que requieran. A los usuarios les corresponde financiar los costos del servicio de salud, y a las E.P.S. les corresponde administrar los recursos del sistema de manera eficiente en beneficio de aquellos.

En síntesis, es cierto que el sistema de salud debe ser **sostenible**, pero esto no es una excusa válida para negarse a efectuar las erogaciones que resulten necesarias en pro de la garantía del derecho constitucional a la salud. Tal y como se advirtió en el apartado XI.5. de esta providencia, el Sistema de Seguridad Social en Salud tiene por objeto el mejoramiento de la dignidad y la calidad de vida de la población, lo que significa que debe entenderse como un instrumento para materializar las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho.

Es más, el parágrafo del **artículo 334 de la Constitución** es enfático en precisar que “[...] *bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva*”.

Al dar alcance a la disposición mencionada, esta Sección, mediante sentencia de 23 de abril de 2020 (C.P: Nubia Margoth Peña Garzón), precisó que “[...] *el artículo 334 de la Constitución prevé que la dirección general de la economía está a cargo del Estado, el cual deberá intervenir, entre otras materias, en los servicios públicos para racionalizar la economía, [...] con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano [...]*”⁵⁰.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en advertir que “[...] *el derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. [...]*”⁵¹. Además, “[...] *es un derecho de contenido cambiante, que exige del Estado una labor de permanente de actualización, ampliación y modernización en su cobertura, por lo que no es aceptable considerar que ya se ha alcanzado un grado de satisfacción respecto de su garantía. Para ello, es fundamental que el Estado garantice que los elementos esenciales del derecho a la salud [...], siempre estén interrelacionados y que su presencia sea concomitante pues [...] la sola afectación de uno de estos elementos esenciales es suficiente para comprometer el cumplimiento de los otros y afectar en forma negativa la protección del derecho a la salud. [...]*”⁵².

XII.4. La Nueva E.P.S. sostiene que no existe una disposición jurídica que indique que las entidades promotoras de salud tienen el deber expreso de contar con una oficina de atención

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 23 de abril de 2020. C.P: Nubia Margoth Peña Garzón. Rad. N.º 85001-23-33-000-2018-00146-01 (AP).

⁵¹ Sentencia T-357 de 26 de mayo de 2017 (M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁵² Sentencia T-579 de 18 de septiembre de 2017 (M.P: Cristina Pardo Schlesinger).

permanente y personalizada al usuario o afiliado en cada municipio donde tengan afiliados. Frente a este cargo, la Sala advierte los siguientes aspectos:

El artículo 180 de la Ley 100 de 1993 indica que uno de los requisitos para que una entidad promotora de salud sea autorizada en su funcionamiento es el de disponer de una organización administrativa que permita, por un lado, tener una base de datos con la información sobre las características socioeconómicas y el estado de salud de los afiliados y sus familias y, por otro, acreditar la capacidad técnica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, entre otros⁵³. Tan evidente es el deber de contar con la organización administrativa mencionada, que el párrafo primero del artículo 183 de la misma ley autoriza a las E.P.S. a cobrar gastos administrativos y operativos relacionados con la actividad de promoción de la salud.

Por su parte, el Decreto 780 de 6 de mayo de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*”, establece que las nuevas entidades que deseen obtener la autorización de funcionamiento como EPS deberán allegar, entre otras, la siguiente documentación:

[...]. 2. *Estudio de capacidad tecnológica y científica. Este estudio se soportará en la información que permita demostrar que **la entidad contará con la infraestructura, tecnologías, sistemas de información y comunicación, procesos y recursos humanos articulados para cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento en salud**, para lo cual deberá anexarse la siguiente documentación:*

a) ***Descripción de la infraestructura con la que contará la entidad, incluyendo oficinas y puntos de atención al usuario, precisando ubicación geográfica y capacidad de atención.***

[...]”⁵⁴. [Resalta la Sala].

Además, “[...] *Para la atención de los usuarios en cada municipio donde se opere el aseguramiento en salud, **las entidades responsables del aseguramiento deberán garantizar los mecanismos de atención al usuario presencial, telefónico y virtual según los ámbitos territoriales: urbanos, con alta ruralidad y dispersos**, previstos en las disposiciones normativas sobre la materia. [...]*”⁵⁵. [Resalta la Sala].

⁵³ Artículo 180, numeral 4.º, literales a) y b).

⁵⁴ Artículo 2.5.2.3.2.2.

⁵⁵ Artículo 2.5.2.3.3.3., inciso 2.º.

Finalmente, el Título VII relativo a la “*protección de los usuarios y la participación ciudadana*” de la Circular Única de la Superintendencia Nacional de Salud, señala que “[e]s **deber de todas las entidades brindar atención integral al usuario de la salud** y ésta, debe entenderse como un **proceso integral en el que es requisito fundamental adoptar procedimientos, mecanismos, medios, instrumentos y canales para que esa atención cumpla con los principios de objetividad y buen trato**. En tal sentido, las **administradoras de planes de beneficios en salud** y las instituciones de prestadoras de servicios de salud, **deberán implementar y desarrollar parámetros para el buen funcionamiento de éste proceso**. [...]” [Resalta la Sala].

La Supersalud ha desarrollado el deber de las E.P.S. de brindar atención integral a sus usuarios en los siguientes términos:

“[...] **Todas las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB)** y prestadoras del servicio de salud, **deben tener una oficina de atención al usuario de manera personalizada, ubicada en sitio de fácil acceso y dotada de las herramientas logísticas y tecnológicas necesarias para su normal funcionamiento. Su horario de atención deberá ser acorde a las necesidades de los usuarios**, y dichas oficinas deben contar con una línea gratuita nacional 018000 las veinticuatro (24) horas de los siete (7) días de la semana.

De igual forma, **las entidades deberán tener una ventanilla preferencial** para la atención de las personas mayores de 62 años, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1171 de 2007. Asimismo, se **deben adoptar medidas especiales para la atención de personas discapacitadas**. (Modificación Circular Externa No. 049 de 2008). [...].

El perfil del personal asignado a esta dependencia, debe reunir los requisitos de idoneidad acorde con las funciones que va a desempeñar, y con sentido de pertenencia a la institución y con las labores asignadas.

Corresponde a cada entidad de salud, facilitar a la Oficina de Atención al Usuario, los **medios idóneos y tecnológicos para que se asista y atienda al usuario con prontitud, agilidad, eficiencia y eficacia**. (Modificación Circular Externa No. 049 de 2008).

De igual forma, **es necesario que la entidad diseñe e implemente canales de comunicación y de acceso a la información, fácil y ágil, por parte del usuario**. Así mismo, debe tener un mecanismo apropiado para la radicación de los Derechos de Petición que presenten los interesados.

Es deber y obligación del funcionario responsable de la Oficina de Atención al Usuario, atenderlo, orientarlo y si es del caso acompañar y gestionar su solicitud, la cual podrá presentar de manera escrita, personalizada, telefónica, página “web” o por cualquier otro medio que adecue la entidad para recibir las peticiones instauradas. (Modificación Circular Externa No. 049 de 2008).

[...]”⁵⁶. [Resalta la Sala].

Como puede observarse, la citada Circular de la Supersalud es armónica con la Constitución y la Ley Estatutaria de Salud en el sentido de señalar que **el Sistema de Salud se explica y se justifica por y para los usuarios de salud. Por esa razón, los usuarios se hacen merecedores de todos los servicios, bienes, tecnologías, establecimientos, personal e infraestructura que permitan materializar debidamente su derecho constitucional a la salud.**

Aunque Nueva E.P.S. haya replicado que, a través del concepto N.º 2-2017-113233 de 30 de octubre de 2017, la Supersalud manifestó que no existe obligación de tener una oficina de atención al usuario en cada municipio donde se tengan afiliados⁵⁷, la Sala observa que, dadas las condiciones específicas del municipio de Aguadas, dicho criterio no resulta aplicable en la presente controversia. Dicho concepto, además de carecer de vinculatoriedad por mandato legal⁵⁸, según lo referido hasta ahora, tampoco puede ser oponible a la Constitución Política ni a la ley, tanto en sentido estricto (especialmente las leyes de carácter estatutario), como en sentido lato.

Pues bien, la Sala observa que **una oficina de atención personalizada al alcance de los afiliados de Nueva E.P.S. domiciliados en el municipio de Aguadas resulta de vital importancia para que estos puedan acceder de manera expedita a la información, trámites y servicios en virtud de los cuales se materialice su derecho constitucional a la salud.**

La Sala no desconoce que este tipo de servicios se puedan prestar mediante las tecnologías de la información y las comunicaciones. Sin embargo, mientras que los usuarios del municipio de Aguadas paulatinamente se van adaptando al uso de las mismas, la Nueva E.P.S. debe prestar todos los servicios que sus usuarios requieran a fin de garantizarles el debido ejercicio del derecho a la salud.

⁵⁶ Circular Única de la Superintendencia Nacional de Salud, Título VII de la “*protección de los usuarios y la participación ciudadana*”.

⁵⁷ Concepto N.º 2-2017-113233 de 30 de octubre de 2017.

⁵⁸ Ley 1437 de 2011. “*Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*”.

XII.5. En efecto, de conformidad con la Ley 1341 de 2009 (apartado XI.6.) es deber del Estado promover el acceso eficiente y equitativo de todos los habitantes del territorio a las tecnologías de la información y las comunicaciones, en aras de servir al interés general.

Dicho acceso a las T.I.C. tiene que ser real y efectivo. Por tal motivo, las autoridades deben desplegar todas las acciones necesarias para: i) divulgar y explicar a los ciudadanos, de manera permanente, sus utilidades, servicios y potencialidades; ii) fomentar y promover de manera permanente su apropiación y la cultura de su uso; iii) brindar el apoyo y la asesoría necesarios, así como el acompañamiento de expertos a fin de dirigir y orientar su aplicación estratégica; y iv) evaluar su penetración, uso y comportamiento según los específicos entornos socioeconómicos.

Tal y como lo expone el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa “[...] *la administración pública y sus agentes, al incorporarse a los medios electrónicos, buscan ante todo la consolidación de los propósitos y finalidades públicas a través del buen uso del concepto de ordenanza pública electrónica.* [...]”. En ese sentido, realiza las siguientes precisiones totalmente pertinentes para el asunto de la referencia:

“[...]. **[A] la administración en red [...] la anima una idea central y principal, cual es la defensa de las personas y de las colectividades que deban relacionarse con la administración pública, de manera tal que los medios tecnológicos a que se acuda por la administración para el cumplimiento de sus labores y cometidos sean ante todo eficaces en el acercamiento con las personas y las colectividades, y que faciliten material y sustancialmente la interacción, es decir, sean instrumentos en dos vías, tanto la de la administración con el usuario, como también la de la persona o colectividad con aquella, y que se conviertan en mecanismos amables y no agresores de los derechos e intereses individuales o colectivos.**

En ese sentido, es reprochable cualquier instrumento de las TIC que resulte agresivo y vulnerador de los derechos constitucionales en cualquiera de sus aspectos. No serían admisibles, y la ordenanza electrónica perdería cualquier sentido u horizonte si los instrumentos electrónicos tan solo sirven para satisfacer unilateralmente a la administración.

*En estos casos nos encontraríamos ante ordenanzas electrónicas meramente formales, de simple apariencia, portadoras de un discurso burocrático complaciente con los hábitos perversos de una administración ineficiente y poco transparente que le permite permanecer incierta frente a quienes debe responder con prontitud y claridad. Actitudes como éstas deslegitiman al estado y a la administración. **Una administración real y***

materialmente eficiente es aquella que considera al usuario en toda su magnitud y no hace de la tecnología un elemento agresor que imposibilite satisfacer realmente las aspiraciones de la persona o la colectividad.

Las finalidades de toda ordenanza electrónica no se cumplen por el solo hecho de haberse acudido a un instrumento tecnológico. Cualquier tecnología, para estar acorde con las finalidades del ordenamiento, debe ser eficaz y eficiente en relación con los derechos individuales y colectivos, de lo contrario podría catalogarse de inconstitucional e ilegal su utilización, teniendo en cuenta que, frente a nuestra Constitución política, las autoridades administrativas son simples servidoras de los individuos y la colectividad, y no al contrario, debiendo por lo tanto satisfacer las necesidades de éstos y no los personales o seudo institucionales de aquellas. [...]”⁵⁹. [Resalta la Sala].

Para el caso bajo examen, **es deber de la Nueva E.P.S. desplegar las acciones necesarias para que sus usuarios hagan el tránsito efectivo hacia los canales de comunicación digitales, informándoles sobre servicios que se ofrecen por medio de esas plataformas y encargándose de que sus afiliados se familiaricen con uso y los beneficios de los ambientes digitales. Ese tránsito no puede ser abrupto ni impuesto sin considerar los aspectos socioeconómicos que caracterizan a la comunidad de Aguadas – Caldas.**

La Nueva E.P.S. destacó que en el municipio de Aguadas existen ocho kioscos “*vive digital*” instalados por el MinTic, mediante los cuales sus afiliados pueden acceder a los servicios administrativos que necesiten. No obstante, la Sala advierte que entre los meses de marzo y septiembre de 2018, la Nueva E.P.S. emitió tan solo nueve autorizaciones medicas tramitadas por las plataformas electrónicas disponibles. Este dato, informado por la misma E.P.S., permite revelar que **el portal transaccional y la oficina digital aun no tienen la suficiente acogida por la comunidad del municipio de Aguadas y, por lo mismo, dichos mecanismos por sí solos no permiten garantizar el acceso eficiente y equitativo a las T.I.C. en orden a tramitar por esta vía las solicitudes de los servicios de salud correspondientes.**

Bien sea por la falta recursos, de conocimiento o de información, lo cierto es que los canales digitales no son utilizados por los afiliados de la Nueva E.P.S. en el municipio de Aguadas. Luego, entonces, al no contar con una oficina de atención personalizada, resulta evidente que los usuarios tienen serias dificultades para acceder a los trámites administrativos que habilitan la prestación de los servicios de salud.

⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “*Procedimientos administrativos y tecnología*”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

Como ya se advirtió, es deber de la Nueva E.P.S. eliminar los obstáculos culturales, económicos, geográficos, administrativos y tecnológicos que impidan el goce efectivo del derecho constitucional a la salud de sus afiliados en el municipio de Aguadas, precisamente debido a que el centro del Sistema de Salud es el usuario mismo.

Conforme con todo lo expuesto, la Sala concluye que, mientras que la Nueva E.P.S. se encarga de que sus afiliados logren utilizar las T.I.C. para efectos de que accedan de manera efectiva a los trámites y servicios digitales, dicha entidad debe garantizar la debida atención de sus usuarios mediante la ubicación transitoria de una oficina de atención personalizada en el municipio de Aguadas. Sin duda alguna, **la existencia de esta oficina redundará en los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad del derecho constitucional a la salud, así como en los principios de continuidad, oportunidad, interculturalidad, progresividad, solidaridad y eficiencia en la prestación de ese servicio público**⁶⁰.

XII.6. Por último, la Nueva E.P.S. aseguró que, en virtud del contrato suscrito con el Hospital de San José de Aguadas, no se requiere del trámite de autorizaciones para los servicios de urgencias, consultas, laboratorio clínico y medicamentos de la lista que hace parte del contrato y que son ofertados por el hospital. Ello es así porque, mediante la farmacia del hospital, a los usuarios de la Nueva E.P.S. se les suministran de forma directa los medicamentos que ordenan los profesionales de la salud.

Esta aseveración de la Nueva E.P.S., además de estar desprovista de los medios probatorios que permitan constatarla, resulta incoherente con las posturas asumidas en las distintas etapas procesales a lo largo del trámite judicial de la referencia.

En efecto, la misma E.P.S. ha reiterado que, mediante los mecanismos digitales disponibles, sus usuarios en el municipio de Aguadas pueden acceder a *“autorizaciones médicas, información sobre el estado de la afiliación, urgencias, radicación de solicitudes y seguimiento a CTC, hospitalización, legalización pre aprobadas, anulación de autorización, reportes y seguimiento a quejas, radicar y recibir respuestas a solicitudes de servicios médicos, cirugías, apoyo dx, apoyo terapéutico, medicamentos, consultas md, laboratorios, medicina y oxígeno domiciliarios, y otros servicios”*.

De tal manera, aunque fuera cierto lo señalado por la Nueva E.P.S., el argumento resulta carente de toda solidez en tanto que esta entidad reconoce que hay un número considerable

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-808 de 26 de agosto de 2004 (M.P: Clara Inés Vargas Hernández).

de servicios médicos a los que no necesariamente pueden acceder sus afiliados del municipio de Aguadas, directamente con la respectiva institución prestadora de salud.

Además, mediante Oficio N.º DLS2400-753 de 27 de octubre de 2018, la Dirección Local de Salud de la Alcaldía Municipal de Aguadas le informó a la demandante lo siguiente:

*[...] 7) Desde la Dirección Local de Salud a través de la auditoría a la prestación de los servicios de salud por parte de la Nueva EPS a los afiliados al régimen contributivo y subsidiado por movilidad, se conocen los contratos adelantados con la ESE Hospital San José de Aguadas por modalidad cápita y evento, en el cual se encuentran contemplados la prestación de los servicios de primer nivel en cuanto a promoción de la salud y prevención de la enfermedad, prestación de los servicios de salud, laboratorio clínico. **Dentro de estos modelos de contratación no se tiene establecido trámites administrativos como autorizaciones de procedimientos médicos, atención de especialistas, entrega de pañales, exámenes de laboratorio de alta complejidad.***

[...]

11) La Dirección Local de Salud ha solicitado a través de las auditorías a la Nueva EPS que considere la posibilidad de realizar la ubicación de oficina en el municipio, con el fin de mejorar el acceso a los servicios de autorizaciones y solicitud de otros trámites, dado que no para toda la población es posible acceder a los sistemas de navegación como la página web. [...]”⁶¹. [negritas de la Sala].

XII.7. Por las razones expuestas, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en los siguientes términos. En primer lugar, amparará los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud, derecho que aglutina los contenidos anteriormente descritos relacionados con el servicio público y derecho constitucional a la salud. En segundo lugar, ordenará que la Nueva E.P.S., entretanto que se encarga de realizar todas las actividades que estén a su alcance para conducir el proceso de adaptación de los usuarios del municipio de Aguadas hacia una cultura de comunicación digital en relación con los servicios de salud, debe garantizar la debida atención de sus usuarios mediante la ubicación transitoria de una oficina de atención personalizada en el municipio de Aguadas. Esta oficina deberá instalarse dentro del término de seis (6) meses y deberá contar con los respectivos protocolos de bioseguridad para su funcionamiento.

En virtud de la inmediatez, oportunidad y continuidad que amerita el servicio público y derecho constitucional a la salud, mientras que se instala la oficina de atención

⁶¹ Folio 280 del expediente de la referencia.

personalizada, se ordenará que la Nueva E.P.S. disponga, inmediatamente, de algún tipo de mecanismo que permita recibir las solicitudes, peticiones y trámites de sus usuarios en la jurisdicción del municipio de Aguadas, como funcionarios que periódicamente se trasladen a ese municipio con dicho fin u otro similar. Este mecanismo también deberá contar con los respectivos protocolos de bioseguridad para su funcionamiento.

Finalmente, se modificará la integración del comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia por cuanto que, en los términos del artículo 34 de la Ley 472, se requiere de la participación del magistrado ponente de la decisión de primera instancia. Además, se incluirá al Agente del Ministerio Público y al Defensor del Pueblo, quienes fueron vinculados al proceso de la referencia mediante auto de 18 de junio de 2018.

XII.8. Conclusiones

8.1. Los mecanismos de comunicación digital dispuestos por la Nueva E.P.S. -portal transaccional y oficina digital- no son suficientes para garantizar el debido ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud. Dichos mecanismos aun no tienen la suficiente acogida por la comunidad del municipio de Aguadas y, por sí solos, tampoco garantizan el acceso eficiente y equitativo a las T.I.C. a fin de tramitar las solicitudes de los servicios de salud correspondientes.

8.2. Dicho acceso a las T.I.C. tiene que ser real y efectivo. Por tal motivo, las autoridades deben desplegar todas las acciones necesarias para: i) divulgar y explicar a los ciudadanos, de manera permanente, sus utilidades, servicios y potencialidades; ii) fomentar y promover de manera permanente su apropiación y la cultura de su uso; iii) brindar el apoyo y la asesoría necesarios, así como el acompañamiento de expertos a fin de dirigir y orientar su aplicación estratégica; y iv) evaluar su penetración, uso y comportamiento según los específicos entornos socioeconómicos.

8.3. Es deber de la Nueva E.P.S. desplegar las acciones necesarias para que sus usuarios hagan el tránsito efectivo hacia los canales de comunicación digitales, informándoles sobre servicios que se ofrecen por medio de esas plataformas y encargándose de que sus afiliados se familiaricen con uso y los beneficios de los ambientes digitales. Ese tránsito no puede ser abrupto ni impuesto sin considerar los aspectos socioeconómicos que caracterizan a la comunidad de Aguadas – Caldas.

8.4. Existe afectación de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud debido a que en el municipio de Aguadas – Caldas, no hay una oficina de atención personalizada disponible para que los afiliados de la entidad promotora de salud Nueva EPS puedan acceder a sus autorizaciones médicas y demás trámites administrativos.

8.5. En tanto que el Sistema de Salud se explica y justifica por y para los usuarios de salud, estos se hacen acreedores de todos los servicios, bienes, tecnologías, establecimientos, personal e infraestructura que permitan materializar debidamente su derecho constitucional a la salud

8.6. Es deber de la Nueva E.P.S. reducir de manera gradual y continua las barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impiden el goce efectivo del derecho constitucional a la salud de sus afiliados en el municipio de Aguadas.

8.7. En tanto que los trámites administrativos que presta una oficina de atención permanente y personalizada al usuario o afiliado resultan fundamentales para habilitar la prestación de los servicios de salud, la Sala concluye que ese tipo de establecimientos recaen dentro de la extensión del concepto de infraestructura de salud, el cual se erige como un elemento protagónico a la hora de garantizar el derecho constitucional a la salud.

8.8. Una oficina de atención personalizada al alcance de los afiliados de la Nueva E.P.S. domiciliados en el municipio de Aguadas resulta de vital importancia para que estos puedan acceder de manera expedita a la información, trámites y servicios en virtud de los cuales se materialice su derecho constitucional a la salud.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, los ordinales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2018 por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, los cuales quedarán así:

[...] SEGUNDO: AMPARAR los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud, en atención a los contenidos del servicio público y derecho constitucional a la salud expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En consecuencia, ORDENAR a la entidad promotora de salud Nueva E.P.S. las siguientes medidas de amparo:

A) Nueva E.P.S. debe encargarse de realizar todas las actividades que estén a su alcance para conducir el proceso de adaptación de los usuarios del Municipio de

Aguadas hacia una cultura de comunicación digital en relación con los servicios de salud.

B) En el entretanto, Nueva E.P.S. debe garantizar la debida atención de sus usuarios mediante la ubicación transitoria de una oficina de atención personalizada en el Municipio de Aguadas. Esta oficina deberá instalarse dentro del término de seis (6) meses y deberá contar con los respectivos protocolos de bioseguridad para su funcionamiento.

C) En virtud de la inmediatez, oportunidad y continuidad que amerita el servicio público y derecho constitucional a la salud, mientras que se instala la oficina de atención personalizada, Nueva E.P.S. debe disponer, inmediatez, de algún tipo de mecanismo mediante el cual reciba las solicitudes, peticiones y trámites de sus usuarios en la jurisdicción del Municipio de Aguadas. Este mecanismo también deberá contar con los respectivos protocolos de bioseguridad para su funcionamiento.

CUARTO: CONFORMAR un comité para la verificación del cumplimiento de esta providencia, el cual estará integrado por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a través de su magistrado ponente -quien lo presidirá-; por la actora popular; por el Director Zonal Caldas de la entidad promotora de salud Nueva E.P.S.; por el Agente del Ministerio Público; por el Defensor del Pueblo y por el Personero Municipal de Aguadas – Caldas, de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, quienes harán seguimiento a lo ordenado e informarán sobre las acciones que se adopten y ejecuten [...]”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: REMITIR copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriado este proveído.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado
Presidenta

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado
Salva Voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

P:(11).

