



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN: ACCIÓN DE TUTELA.
PROCESO: 70-001-33-33-007-2016-00122-01.
DEMANDANTE: PABLO JOSÉ BELLO SILGADO
DEMANDADO: NUEVA EPS

TEMA: DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL-DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE EPS POR PARTE DE LOS USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal la impugnación interpuesta por la parte accionada NUEVA E.P.S., en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE el día 20 de junio de 2016, en el proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA, instauró PABLO JOSÉ BELLO SILGADO, en contra del NUEVA E.P.S.- con la vinculación oficiosa en primera instancia de SALUD TOTAL E.P.S.

1. ANTECEDENTES.

1.1 LA DEMANDA DE TUTELA

PABLO JOSÉ HERRERA SILGADO, presentó Acción de Tutela en contra de la NUEVA E.P.S, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** se expone que el actor se encuentra afiliado a la EPS Salud Total, por un tiempo aproximado de más de cinco años; siendo cotizante de su seguridad social, aduce que en el mes de septiembre de 2015, asiste a cita con Cardiología Vascular, para control de Hipertensión Arterial e Hiperlipidemia Mixta.

Relata, que se acercó a la EPS Salud Total en busca de la orden médica para dar

cumplimiento con está, encontrándose con el infortunio que ya no se encuentra afiliado a esta entidad. Por tal motivo se dirigió a la empresa donde labora, con el fin de saber los motivos de que fue desafiliado de Salud Total, donde le termina informando y presentando documento de afiliación suscrito por él y la entidad Nueva EPS.

Indica el actor, que se trasladó hasta las instalaciones de la Nueva EPS, buscando las razones por las cuales de manera arbitraria lo habían afiliado a esa entidad, dando a conocer que nunca suscribió documento de afiliación a esa entidad motivo que lo lleva a presentar denuncia penal en la Fiscalía por falsedad.

Expresa que presentó derecho de petición a la entidad Nueva EPS, solicitando la desafiliación, y volver afiliarse a la EPS Salud Total, para poder continuar su tratamiento médico, alegando que el tratamiento brindado por los galenos de la Nueva EPS no le dio resultado.

Asegura que en la respuesta dada a su derecho de petición, enfatizaron que el usuario debe esperar 360 días, para poder ser desafiliado y volver ser afiliado a otra entidad, lo que es un concepto errado luego que en su afiliación, no hubo voluntad de parte de él, razones que lo llevaron a instaurar una Denuncia Penal en contra de la Nueva EPS, por adulteración de su firma.

Fundado en los hechos anteriores la parte actora **PRETENDE** se le tutelen sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social y en consecuencia, se ordene:

- i) al Director de la NUEVA EPS, autorizar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación del presente fallo, su desafiliación de la Entidad Prestadora de Salud NUEVA E.P.S;
- ii) Que se haga la actualización del FOSYGA, para que pueda elegir ser afiliado en la EPS de su libre escogencia, en este caso SALUD TOTAL E.P.S.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 3 de junio de 2016 (fol. 15).

- Admisión de la demanda: 3 junio de 2016 (fol. 16).
- Notificación a las partes: 7 de junio de 2016 (fol. 17 a 27).
- Contestación de la demanda de la Nueva EPS S.A: 9 de junio de 2016 (fol. 28 a 45).
- Sentencia de primera instancia: 20 de junio de 2016 (fol. 62 a 69).
- Notificación a las partes: 20 de junio de 2016 (fol. 71 a 81).
- Impugnación: 23 de junio de 2016 (fol. 82 a 91).
- Concesión de la impugnación: 27 de junio de 2016 (fol. 92).
- En la oficina judicial- reparto: 5 de julio de 2016 (fol. 2 C-2).
- Secretaria del Tribunal: 5 de julio de 2016 (fol. 3 C-2).

1.2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1.2.1.1. La **NUEVA EPS**. (Folio 28 a 30). Rinde el informe requerido, mediante escrito del 09 de junio de 2016, manifestando que, el actor se encuentra afiliado a la entidad a través del régimen contributivo, formalizando diligenciamiento de formulario de afiliación (01B5170662) oportunidad en la que EPS SALUD TOTAL le aprobó traslado.

Aseguró que el formulario de encuentra debidamente firmado y con los soportes requeridos para tal fin lo que generó el proceso de radicación en el sistema de información y solicitud de traslado a la EPS SALUD TOTAL.

Expuso la entidad que a partir del 1º de septiembre de 2015, inició el actor vigencia en la NUEVA EPS a través de la IPS SALUD TOTAL, por lo que para darle el traslado solicitado, primero debe cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto 2353 de 2015, entre ellos encontrarse afiliado en la misma EPS, por un periodo continuo o discontinuo de 360 días.

1.3. LA SENTENCIA IMPUGNADA¹.

El Juzgado Séptimo Administrativo luego de hacer un estudio del derecho a la salud y la libre escogencia dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, consideró que, la vulneración de los derechos fundamentales deprecados por el accionante, no se desprende de la negación del servicio de salud, como tampoco del acceso a la

¹ Folios 62-70 C-1.

seguridad social, toda vez que al encontrarse activo como afiliado de la entidad, tiene cubierta la garantía constitucional y legal de acceder a los servicios de salud.

Por lo anterior, el *Aquo* resolvió conceder el amparo de los derechos a la vida y seguridad del accionante, por el desconocimiento de la NUEVA EPS al derecho que tiene el actor de elegir en donde quiere que le sea prestado los servicios de salud.

1.4. LA IMPUGNACIÓN.

La NUEVA E.P., impugnó el fallo de primera instancia, reiterando lo dicho en la contestación de la demanda, al tiempo que agrega que, la sentencia debe ser revocada por cuanto no existe vulneración de derecho fundamental alguno por parte de la entidad.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en Segunda Instancia.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO. De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿Vulnera la NUEVA E.P.S. los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad del accionante, al desconocer su derecho a la libre escogencia de entidad prestadora de servicios de salud?

Para desatar el interrogante que plantea la impugnación, se estudiarán brevemente los siguientes temas: **i)** Generalidades de la acción de tutela. Requisitos para su procedencia **ii)** El derecho a la salud y el principio de atención integral, **iii)** Libre escogencia de IPS por parte de los usuarios del sistema de seguridad social y, **iv)** El caso concreto.

2.2.1 GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten

amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política² y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo introducida a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *“en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”*.

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable³.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria⁴ y no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios

²“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

³ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁵, ha señalado que, *“la tutela no remplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha –la acción ordinaria.”*⁶

En ese orden, se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales. La naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

2.2.2. DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL.

El derecho a la salud, consagrado en nuestra Carta Política en el artículo 46, es regulado como un servicio público que se presta a toda persona, garantizando el

⁵ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁶ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado, dirigir y reglamentar la prestación de dichos servicios a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-325 de 2008 y anteriores, entendió que el derecho a la salud, al estar consagrado constitucionalmente como un servicio público y un derecho asistencial, era uno de aquellos que para ser objeto de protección a través del mecanismo de tutela era necesario que su desconocimiento conllevara a su vez, a la amenaza o violación de un derecho fundamental directo, para así ser protegido o amparado en uso de la figura de la conexidad, posición esta que a su vez ha evolucionado y que en la actualidad a la luz de las sentencias T-760 de 2008 y T-671 de 2013 de la misma corporación, hacen que la salud sea, en ciertas condiciones, un derecho fundamental de forma directa, aplicando para ello el principio de progresividad de los derechos sociales, y los propios principios del sistema general de seguridad social en salud, como lo es la integralidad de la atención.

Frente a lo anterior, es de resaltar que la misma Corte Constitucional en sus múltiples fallos de revisión, ha sostenido que una de las manifestaciones del derecho fundamental a la salud es el recibir la atención definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como el definido en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. De allí, que cada vez que se niegue un servicio, tratamiento o un medicamento señalado o no en el POS-S o se esté frente a una posible violación del derecho fundamental a la salud, y su verificación y posterior resolución corresponderá al juez de tutela.

Además, la protección del derecho a la salud consagrada en el ordenamiento constitucional, se complementa con la normativa internacional adoptada por Colombia, como lo es dentro del sistema universal de derechos humanos el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su párrafo 1 que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; ...”*

De igual manera, en el sistema interamericano de derechos humanos, encontramos una norma que consagra y reglamenta el derecho en estudio, como lo es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud, en donde se establece las obligaciones de los Estados partes sobre el tema, así:

“Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

A lo anterior se suma a que el derecho a la seguridad social hace referencia a los medios de protección institucional para amparar a la persona y a su familia frente a los riesgos que atenten contra la capacidad de estos para generar los ingresos suficientes a fin de gozar de una existencia digna y enfrentar contingencias como la enfermedad, la invalidez o la vejez, frente a lo cual la Constitución Política establece que es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Es así como la salud se convierte en un derecho no solo de rango constitucional, sino que toma amplitud en el amparo de normas de carácter internacional, por sus características especiales e importancia que tiene su eficaz cubrimiento, máxime que en la actualidad encontramos definido su carácter fundamental, directamente en la Ley Estatutaria 1751 de 2015⁷.

⁷ Dicha normativa, lo define como: “**Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.** El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. 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.”

Teniendo en cuenta la importancia para la debida prestación del servicio a la salud, la H. Corte Constitucional ha manifestado la relevancia de que este derecho se preste en atención al principio de Atención Integral, manifestando lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:

“(…) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS).”⁸(Subrayas pertenecientes a la Sala)

Este concepto del principio de atención integral, ha sido tomado por la Corte, en el entendido de que no solo se atiende a lo preceptuado por la norma superior sino que se ha regulado en conjunto con las normas de la seguridad social, tales como el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la que enuncia el principio en estudio, de la siguiente manera:

“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone:

“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”.

Es así como para la Corte Constitucional este principio, es de vital importancia a la hora de aplicarlo con relación al derecho a la salud, y en consonancia con ello, encontramos en la actualidad la regulación que del mismo realiza la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud⁹.

En concordancia con todo esto, el máximo intérprete de la constitución aplica de manera explícita y recalca de manera directa la importancia no solo de la cobertura del derecho fundamental a la salud, sino que este se haga efectivo a través del principio de atención integral, como quiera que cuando se ampare por los fallos constitucionales no quede nada al azar, que se convierta en un obstáculo para su materialización¹⁰.

2.2.2. LIBRE ESCOGENCIA DE EPS POR PARTE DE LOS USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.-REGIMEN CONTRIBUTIVO. Movilidad en el sistema de salud.

La libre escogencia de Institución Prestadora de Servicios ha sido catalogada como uno de los postulados rectores del Sistema de Seguridad Social, y encuentra su regulación normativa en la Ley 100 de 1993 en tres artículos que por su importancia se traen a colación:

“ARTÍCULO 153. Fundamentos del servicio público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes:

....

4. Libre escogencia. El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadores de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley.”

⁹ “Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-576 de 2008. “que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente”.

De igual forma, en los artículos 156 y 159 de la Ley 100 de 1993 se indica que el citado principio es una de las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud que permite a los afiliados la elección libre de Entidad Promotora de Salud y una garantía que tienen los afiliados con relación a la debida organización y prestación del servicio público de salud. Así entonces, el principio de “libre escogencia”, además de ser una de las reglas del servicio público de salud, rector del Sistema, es una característica y **garantía de los afiliados**.

En este mismo sentido, el artículo 45 del Decreto 806 de 1998 señala que la *“afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud, EPS, en los regímenes contributivo y subsidiado, es libre y voluntaria por parte del afiliado. Por consiguiente, el cambio de EPS no sólo se autoriza sino que se garantiza legalmente.”*

En relación al derecho de libre escogencia de Entidades Promotoras de Salud, la H. Corte Constitucional en sentencia T-010 de 2004 consideró:

“El derecho de toda persona a escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud, también es la forma en que el legislador cumple con el mandato constitucional de crear un sistema de salud eficiente y de calidad. En el contexto de un Sistema de Salud basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen sus servicios, tal como lo es el sistema consagrado en la Ley 100 de 1993, reconocer en cabeza de todas las personas la libertad de elegir a qué entidad afiliarse es una forma de garantizar su dignidad (en el sentido de autonomía) y de asegurar que los dineros y demás recursos con que cuente el sistema, se destinarán a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de salud”.

Así mismo, en sentencia T-011 de 2004, la Corte manifestó que el *“derecho fundamental de acceso a la seguridad social, previsto de manera específica en los artículos 48 y 49 de la Carta, comprende no solo el acceso al sistema de salud como tal y a su cobertura, sino que además se proyecta sobre las garantías de permanencia y traslado de sus afiliados dentro del sistema. Ello explica por qué el derecho a la “libre escogencia”, al cual se hizo expresa referencia, constituye un principio fundante del Sistema de Seguridad Social en Salud y a su vez una característica básica del mismo (Ley 100 de 1993, arts. 153 y 156)”*.¹¹

¹¹ Se puede consultar igualmente, sentencia T-1229 de 2008, en la cual la Corte Constitucional, señaló: *“La regla de libre elección garantiza a todos los usuarios del SGSSS el poder escoger libremente entre las diferentes entidades que ofrecen la administración y prestación de los servicios de salud, según las condiciones de oferta, permitiendo que la movilidad o traslado entre EPS pueda realizarse también libremente, atendiendo los requisitos de ley. Los artículos 156, literal g, y 159 de la Ley 100 de 1993, numeral 3, reconocen como garantías de los afiliados, la libre escogencia y traslado entre EPS, de conformidad con la ley y con los procedimientos que fije el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas por el legislador. Incluso a nivel reglamentario, el artículo 45 del Decreto 806 de 1998 señala que la “afiliación a una cualquiera de las entidades promotoras de salud, EPS, en los regímenes contributivo y subsidiado, es libre y voluntaria por parte del afiliado. Por consiguiente, el cambio de EPS no sólo se autoriza sino que se garantiza legalmente”*. (Subraya fuera del original).

Por las razones expuestas se concluye que el principio a la libre escogencia de EPS que se deriva de la legislación enunciada, además de ser (i) una regla del servicio público de salud y (ii) un principio rector del SGSSS, es (iii) un derecho con el que cuentan los afiliados al sistema de escoger libremente una EPS o de trasladarse a otra en los términos previstos por la ley; derecho

Por su parte, el artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 consagra en el numeral 4°, que el derecho a la libre escogencia es la *“facultad que tiene un afiliado de escoger entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio”*.

La norma citada establece dos condicionamientos al derecho de “libre escogencia”. En primer lugar, el inciso 2° del numeral 4° dispone que los afiliados al SGSSS podrán hacer uso de su derecho a la *“libre escogencia” “una vez por año, contado a partir de la fecha de vinculación de la persona, salvo cuando se presenten casos de mala prestación o suspensión del servicio”*.

Así, de acuerdo con los lineamientos constitucionales y legales, el ejercicio del derecho de “libre escogencia” comporta una garantía a la dignidad humana en el ámbito de la autonomía individual, como derecho fundamental al acceso a la seguridad social, es decir, que salvaguarda la elección de la entidad a la que se confiará el cuidado de la salud, la vida y la integridad, determinación que debe ser una decisión personal inalienable y objeto de protección constitucional, pues debe reconocerse a las personas, *“dentro de los límites normativos que en desarrollo de sus competencias fije el legislador, la libertad para decidir cuál es la entidad a la que confiarán el cuidado de la salud propia y la de aquellas personas que se encuentren a su cargo”*.

2.2.4. DEL CASO CONCRETO:

Vertiendo los considerandos al caso concreto, y en atención al material probatorio que obra dentro del proceso, para la Sala no cabe duda de que, en el caso objeto de estudio, la acción de tutela habrá de confirmarse, pero, haciendo hincapié en su procedencia como mecanismo transitorio, como quiera que abordar el tema de la supuesta falsificación de firma en los formularios de afiliación, desborda la naturaleza del mecanismo de amparo constitucional, pues dicho litigio debe ser resuelto por las vías ordinarias, que según los hechos de la demanda se encuentra en trámite con denuncia de tipo penal en la Fiscalía General de la Nación.

que además resulta correlativamente exigible a las EPS, y cuya omisión puede llegar a ser sancionable en los términos del artículo 230 de la Ley 100 de 1993. En efecto, en virtud del artículo 183 de la Ley 100 de 1993 al que hace referencia el artículo 230 de esa Ley, están prohibidos “todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. El propósito es crear un sistema de salud eficiente y de calidad, que aunado a la libre competencia económica y a la libertad de elegir de los usuarios, permita suponer que los recursos del Sistema se entregarán preferentemente a las entidades promotoras de salud que presten los mejores servicios a sus afiliado”

No obstante para Sala, existe una vulneración de los derechos del actor por parte de la entidad accionada al negarse a otorgar la desafiliación en dicha EPS, en virtud de la irregularidad que anuncia en su traslado y que vulnera su derecho a la libre escogencia de EPS como garantía del derecho fundamental del acceso a la salud.

Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el sub examine se encuentra demostrado lo siguiente:

Es un hecho cierto que el accionante se encuentra actualmente afiliado a la NUEVA E.P.S, perteneciente al régimen contributivo en salud, en calidad de cotizante principal¹² (folio 6 a 8), por traslado que le fue efectuado de la EPS SALUD TOTAL.

Igualmente dentro del plenario se observa que el demandante efectivamente radicó un derecho de petición con fecha 21 de abril de 2016, solicitando la anulación y se deje sin efecto la afiliación a la NUEVA E.P.S., y restablecer su afiliación a la E.P.S., SALUD TOTAL (folio 8 y 10) por considerar que nunca prestó su consentimiento para el traslado y por tanto, el mismo se realizó de forma irregular, lo cual vulnera su libre derecho de elección a permanecer en salud total.

De la historia clínica allegada al plenario se observa que el actor recibe tratamiento médico en la especialidad de CARDIOLOGÍA VASCULAR Y CONTROL DE HIPERTENSIÓN ARTERIAL (folio 11 y ss), motivo por el cual debe señalar la Sala que el cambio intempestivo y aparentemente inconsulto de EPS, afectaría su derecho al tratamiento continuo e integral y que se constituye en amenaza a su derecho a la salud.

Como ya se dijo, le corresponde a la Sala el estudio de acción de tutela en lo relacionado con la negativa por parte de la NUEVA E.P.S., a anular la afiliación del actor en esa entidad, para que en su libertad de escogencia, pueda afiliarse a la E.P.S. SALUD TOTAL, entidad en la cual venía afiliado, pues los supuestos de hecho relacionados con la falsificación de las firmas no son del tenor de este trámite constitucional, sino competencia de las vías ordinarias.

Sin embargo, la definición de dicha situación, esto es, las irregularidades

¹²<http://ruafsvr2.sispro.gov.co/RUAF/Ciente/WebPublico/Consultas/D04AfiliacionesPersonaRUAF.aspx> consulta hecha el 12 de junio de 2016, 6:00 pm horas.

presuntamente cometidas en la firma del formulario de afiliación y que fueron detalladas por el juez de primera instancia, evidencian, como en línea anterior se puntualizó una afectación al derecho a la libre escogencia de prestador de servicios (EPS) y a la atención continua de su afección cardíaca por parte del galeno tratante de la misma.

Así las cosas y en tanto se defina el traslado del actor entre las EPS aquí convocas, esta Sala avala la determinación adoptada por el A quo, razón por la cual habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia venida en impugnación, bajo el entendido de conceder el amparo constitucional de sus derechos, de manera transitoria¹³, a fin de evitar un perjuicio irremediable que pudiera llegarse a consumir con una posible demora en las prestación de los servicios de salud, por lo traumas de índole administrativo.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es, la proferida el día 20 de junio de 2016 por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE, personalmente o por cualquier medio efectivo a la actor, a la entidades demandada y al Agente Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

¹³ Dada las afirmación de falsedad realizadas sobre el formulario de afiliación y cambio de EPS y en aras de evitar una afectación en atención continua e integral de los requerimientos de salud del actor.

QUINTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, y devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta No. 109

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Ausente con permiso

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA