



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

Sincelejo, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN:	ACCIÓN DE TUTELA.
PROCESO:	70-001-33-33-004-2017-00194-01.
DEMANDANTE:	MANUEL DEL CRISTO MACEA PACHECO.
DEMANDADO:	NUEVA E.P.S.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal, la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia de tutela proferida por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO - SUCRE, el día 09 de agosto de 2017, que negó por improcedente el amparo de tutela.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA¹.

El señor **MANUEL DEL CRISTO MACEA PACHECO**, presentó Acción de Tutela en contra de la entidad NUEVA EPS, por la presunta vulneración de los derechos, a la salud seguridad social integral y a la vida en condiciones dignas.

En amparo de sus derechos, **pretende** que se ordene a la Nueva EPS, brindar la atención adecuada, especializada y de forma integral, con los demás componentes que requiere su padecimiento de próstata, en otra ciudad, de ser posible en Medellín – Antioquia, debido a que el accionante tiene conocimiento que la NUEVA E.P.S, tiene convenio con el Hospital Universitario San Vicente Fundación. De igual forma que se disponga el suministró de los viáticos, transporte ida y regreso, movilización interna, alojamiento y comida para el accionante y un acompañante.

¹ Folio 1- 4

Como **fundamentos fácticos**, en su escrito de tutela la parte actora manifiesta que tiene 65 años de edad y se encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S, en condición de pensionado cotizante, recibiendo una pensión equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, lo cual solo le permite sufragar los gastos de subsistencia de su núcleo familiar, agregando que, anteriormente, cuando no presentaba problemas de salud, realizaba tareas que le permitían tener algo de ingresos adicionales.

Aduce que desde hace más de un (1) año viene padeciendo problemas de inflamación de próstata, además de haber sido operado de una *hernia inguinal*.

Indica que su padecimiento no ha sido atendido oportunamente por el especialista en urología de la red prestadora de la NUEVA EPS en esta ciudad, -IPS SALUD A TU LADO, lo cual ha generado complicaciones en su estado de salud, presentando dificultad para orinar, lo que sobrellevó a que en varias ocasiones tuviera que acudir al servicio de urgencias, donde le colocaban sonda de uretra para poder eliminar la orina.

Señala que por la recurrencia de estos eventos, la inflamación de la próstata aumentó ante la obstrucción de la uretra, por lo cual fue sometido a una cistotomía, lo cual se trataba de un procedimiento temporal, se ha vuelto permanente debido a que la inflamación de la próstata no ha cedido, no siendo tratado de forma correcta por el único especialista en urología que tiene IPS SALUD A TU LADO.

Expresa que lleva más de un año en esta situación y su condición médica ha empeorado, además, el dolor constante hace que quede sin fuerzas cuando siente ganas de evacuar la orina, sin que el médico tratante lo recete o determine procedimiento médico.

En febrero de 2017 solicitó a la NUEVA EPS el cambio de atención a otro especialista, recibiendo respuesta en marzo de esta anualidad, informándole que el cambio de médico debía solicitarse en la IPS asignada al usuario, que en este caso es IPS SALUD A TU LADO, por lo cual acudió en petición de la IPS mencionada, recibiendo respuesta en el mes de junio del presente año, por parte del gerente, además de señalar que no encontraban asidero a la solicitud de cambio de especialista, además señalaron que el contrato que tenían con la NUEVA EPS, señala la prestación de servicio de urología solo cuentan con el Dr. Luis Arturo Payares Quessep, que es el mismo especialista que desde hace más de un año lo viene tratando sin que le sugiriera tratamiento al problema de la próstata.

1.2. RECUENTO DE LA ACTUACIÓN PROCESAL.

- Presentación de la Tutela: 24 de julio de 2017 (Fol. 1 y 9).

- Admisión de la Tutela: 25 de julio de 2017 (Fol. 59).
- Notificaciones: 26 de julio de 2017 (Fol. 60).
- Contestación de la tutela: la entidad accionada no contestó la tutela.
- Sentencia de primera instancia: 9 de agosto de 2017 (Fol. 65 a 69).
- Impugnación: 14 de agosto de 2017 (Fol. 79 a 82).
- Concesión de la impugnación: 15 de agosto de 2017 (Fol. 84.).

1.3. INFORME RENDIDO POR LA EPS ACCIONADA².

La NUEVA EPS guardó silencio ante la tutela.

1.4 LA SENTENCIA IMPUGNADA³:

El juez de primera instancia, luego de estudiar el tema de la protección a la vida digna, salud y a la seguridad social, negó por improcedente la acción de tutela, al no encontrar evidencia que la atención dada al padecimiento del actor haya sido deficiente, siendo las indicaciones médicas y el tratamiento a seguir, una situación que comporta el resorte de la autonomía del médico tratante, no estando habilitado el operador jurídico para entrar a controvertir dicho tratamiento, salvo que otro médico diferente considere que el diagnóstico dado no es el correcto, situación que no acaece en el presente asunto.

Respecto del cambio de IPS SALUD A TU LADO a otra IPS en referencia al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN VICENTE FUNDACION en Medellín, el despacho de primera instancia, la estimó improcedente, puesto que no existe una prueba que demuestre que dicha entidad este prestando un mal servicio.

1.5. LA IMPUGNACIÓN⁴.

Inconforme con la decisión adoptada por el *A-quo*, impugnó el accionante, señalando que el fallo de tutela desconoce el derecho que tiene el usuario a la libre escogencia de IPS, para lo cual la EPS deberá celebrar convenios con varias instituciones, por cuanto de lo probado, en este caso se tiene que resultó infructuoso la petición de cambio de médico especialista debido a que es el único con el que tiene contrato la IPS y la EPS tampoco ofreció otra opción.

Señala que las EPS tienen libertad de contratar con la IPS que ellos determinen, siempre y cuando presenten un servicio integral y de buena calidad al usuario, dejó de valorar

² Folio 38-39

³ Folio 55- 61

⁴ Folio 66 a 68 C. Ppal.

la situación puesta de presente en esta oportunidad, por cuanto lo que acontece en este caso es que el único especialista en Urología con que cuenta la IPS de la red prestadora de la NUEVA EPS en Sincelejo.

Concluye solicitando que, se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar, se declare procedente la tutela presentada.

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.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar si, la NUEVA EPS se encuentra vulnerado el derecho fundamental a la salud del actor, quien solicita cambio de prestador del servicio médico de urología a otra IPS u otra ciudad.

2.3. ANALISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

I. GENERALIDADES DE LA TUTELA.

La acción de tutela, es un mecanismo previsto en nuestra Carta Política, que surgió ante la necesidad de la materialización de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública e incluso de algunos particulares, tal y como se contempla en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que le diera desarrollo legal al artículo 86 de la Constitución donde justamente se halla consagrada dicha acción.

Uno de los principios que orienta su ejercicio, es el de subsidiariedad o residualidad, lo cual supone que, el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, pues no constituye un medio sustituto o alternativo de las vías procesales ordinarias, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y cuando a pesar de su existencia uno y otro no resultan igual de idóneos o eficaces para alcanzar la protección del derecho conculcado o amenazado. Este carácter, obedece concretamente a la necesidad de preservar el reparto de competencias, atribuido por la Carta Fundamental a las diferentes autoridades judiciales; por tal razón, la acción de

amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales.

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

A partir de la expedición de la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional ha reconocido el derecho a la salud como un *derecho autónomo fundamental*⁵⁻⁶, para cuya tutela no requiere estar en conexión con otro derecho fundamental, por cuanto se trata de un servicio público amparado por la Carta Política, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud.

Así lo precisó:

“(…)

El derecho a la salud como derecho fundamental

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”

Tesis compartida por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en providencia de fecha 28 de octubre de 2009⁷ en los siguientes términos:

“En primer lugar, advierte la Sala que, con ocasión de la sentencia T – 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud fue reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, sin ser despojado del carácter de servicio público esencial y de derecho prestacional.

⁵ En el fundamento 3.2. de dicha sentencia, se precisó que la Corte ha protegido el derecho a la salud por tres vías evolutivas: (i) estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual permitió identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir la procedencia de la tutela para que el ciudadano pueda obtener una pronta protección del mismo; (ii) reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el accionante es sujeto de especial protección; y, (iii) afirmándola que en general el derecho a la salud es fundamental en lo que respecta a un ámbito básico. Esta última concepción es la actualmente aplicable.

⁶ Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C 436 de 2008, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la ley 1222 de 2007, textualmente en uno de sus apartes señaló:..... “La Sala considera que las anteriores consideraciones son importantes a la hora de estudiar las acusaciones que formula el demandante, pues dada la naturaleza constitucional del derecho a la salud que, como se acaba de explicar, es para esta Corte *per se* de **carácter fundamental**, pero que también se encuentra intrínsecamente vinculado con la garantía de otros derechos fundamentales y que por tanto por conexidad también constituye se ha reconocido como derecho fundamental al comprometer la efectividad de otros derechos fundamentales, imponen al legislador ciertos límites en el diseño y regulación legal del sistema de seguridad social en salud

⁷ Sección Cuarta. Expediente No. 52001-23-31-000-2009-00285-01(AC). Accionado: Dirección de Sanidad Policía Nacional. Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

En consecuencia, cuando proceda el amparo del aludido derecho, éste no debe hacerse en conexidad con la vida o con la integridad personal, como lo hizo el Tribunal Administrativo de Nariño en el fallo impugnado, sino que se debe tutelar como derecho fundamental autónomo”.

De igual forma, en providencia del 25 de febrero de 2009⁸, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, reseñó:

“El derecho a la salud, de rango constitucional y fundamental, es un pilar esencial en el ordenamiento jurídico colombiano, pues crea la base para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad⁹. Para la Corte Constitucional¹⁰, el derecho a la salud es “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”.

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política, la salud es un servicio público esencial como quiera que, todas las personas deben acceder a dicho servicio, correspondiéndole al Estado organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad¹¹. Así mismo, debe establecer las políticas de prestación del servicio de salud por las entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. De igual forma, comporta la salud, la connotación de garantía constitucional fundamental per se, y por tanto susceptible de protección vía acción de tutela, cuando quiera se vea amenazado o vulnerado por las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de las entidades y actores del sistema de salud.

En esa misma línea de decisión, la alta Corporación en sentencia T-676 de 12 de septiembre de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, precisó: “... si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado”.

Recogiendo las sub reglas creadas por precedente constitucional, se expidió la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015, elevando la salud a derecho fundamental, la cual en su artículo primero, estableció como objeto, *“garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”*, demarcando así mismo, la naturaleza y contenido del derecho a la salud, al señalar que es autónomo e

⁸ Tutela 25 de febrero de 2009 - Rad. 2008-00602-0, C. P. Ligia López Díaz.

⁹ Su importancia es tan preponderante que en la Constitución Política se encuentra determinado entre otros, en los artículos 44, 46, 47, 49, 50, 52, 64, 78, 95 y 336.

¹⁰ Consultar entre otras, las sentencias T- 597-93, T-1218-04, T-361-07, T-407-08.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000

irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, además que *"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."*

Así, es claro entonces que, dado el carácter de *ius fundamental* autónomo que ha adquirido en el ordenamiento constitucional el derecho a la salud, susceptible de protección a través del mecanismo constitucional consagrado en el artículo 86 de la C. P., cuando quiera que el mismo se encuentre en peligro, riesgo o sea amenazado o vulnerado por autoridades públicas o en su defecto por particulares.

Respecto a la prestación oportuna de servicios de salud, la Corte Constitucional ha sido reiterativa al señalar que,

"Una de las características propias de la garantía del Estado frente a la prestación de los servicios públicos, es la consistente en garantizar que éstos sean prestados de manera continua y permanente a sus usuarios. Entonces, el derecho a acceder a los servicios públicos debe garantizar la continuación en la prestación de los mismos, especialmente cuando en un caso concreto están comprometidos derechos fundamentales como la vida, la dignidad y la integridad. En tales casos, le corresponde al juez constitucional impedir que los obligados en la prestación de éstos, aludiendo a aspectos económicos, administrativos, funcionales, y/o contractuales, omitan sus deberes"¹².

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.

¹² Corte Constitucional - SENTENCIA T-034 DE 2012 - Referencia: expedientes T-3216993 y T-3230754.

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)." (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".

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 salud¹³.

No obstante lo anterior, es menester aclarar que el principio de atención integral debe ser aplicado por las EPS por obligación constitucional y legal, **pero las órdenes emanadas de los jueces de tutela, deben contar con el correspondiente soporte fáctico de donde se desprenda la certeza de la vulneración o amenaza del derecho fundamental pretendido, y en caso de que carezcan de ello, no puede expedirse una protección concreta de un servicio que es hipotético o eventual.**

III. LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DE LOS USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LIBERTAD DE ELECCIÓN QUE TIENEN LAS EPS PARA CONTRATAR LOS SERVICIOS MÉDICOS CON LAS IPS:

En la sentencia estructural citada líneas antes (T-760 de 2008), a título de regla jurisprudencial, el Alto Tribunal señaló que toda persona tiene derecho a pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud creado con la Ley 100 de 1993, para lo cual existen dos formas posibles¹⁴: la de *afiliado* dentro de alguno de los dos regímenes (contributivo o subsidiado) o, por defecto y temporalmente, como *participe vinculado* hasta tanto la persona pueda afiliarse a alguno de los regímenes mencionados. Así, precisó como obligación del Estado garantizar el acceso y la prestación universal del servicio público de salud para todos los colombianos, de acuerdo con el deber estipulado en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991.

La libre escogencia de Institución Prestadora de Servicios ha sido catalogado 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 acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley.”

¹⁴ Ver acápite 4.2.1 de la sentencia T-760 de 2008.

Por su parte los artículos 156 y 159 *ibídem* consignaron las características del este servicio público señalando:

“Artículo 156. Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características:

...

g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la entidad promotora de salud, dentro de las condiciones de la presente ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la entidad promotora de salud, dentro de las opciones por ella ofrecida;”

Artículo 159. Garantías de los afiliados. Se garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

...)

3. La libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta ley.

4. La escogencia de las instituciones prestadoras de servicios y de los profesionales **entre las opciones que cada entidad promotora de salud ofrezca dentro de su red de servicios.**” (Negrillas propias)

Las disposiciones anteriores conforman el marco normativo sobre la libre escogencia de entidades prestadoras del servicio de salud, no obstante ha sido la doctrina constitucional la que ha desarrollado ampliamente el tema por medio de sus vastos pronunciamientos y es así como la H. Corte Constitucional ha manifestado que dicho derecho (a la libre escogencia) no es absoluto, estando limitado a la normativa que le sea aplicable y a las condiciones materiales de recursos y entidades existentes¹⁵, este principio a su vez debe ser interpretado como un derecho de doble vía, ya que es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud, y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios¹⁶.

Al respecto La H. Corte Constitucional ha manifestado:

“Las Entidades Promotoras de Salud están en libertad de contratar con las entidades que crean convenientes y que estén en capacidad de prestar los servicios requeridos por los usuarios, y no con las preferidas por éstos.”¹⁷

Asimismo, ha manifestado respecto al tema:

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-247 de 2005, T-423 de 2007 y T-688 de 2010.

¹⁶ Ver Sentencia T-238 de 2003. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Igualmente sentencia T- 171 de 2015.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-614 de 2003. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

“Ahora, es importante reiterar que, aunque la negativa al traslado de una IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio, o se presta una inadecuada atención médica o de inferior calidad a la ofrecida por la otra IPS, y ello causa en el usuario el deterioro de su estado de salud, el juez de tutela podría conceder el amparo.”¹⁸

Respecto al límite que tienen las EPS, para suscribir convenios en la prestación de servicios médicos ha dicho el Máximo Órgano de lo Constitucional señaló:

“Las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución. En todos estos procesos están en juego los criterios que operan tanto en el afiliado al momento de contratar con determinada EPS, o de cambiar de EPS, por no estar de acuerdo con las instituciones de salud donde aquella tiene convenios.”¹⁹
(Destacado de la Sala).

Concluyó, la Corte Constitucional que una forma de garantizar un margen de autonomía a los usuarios, y avalar el derecho de las EPS a escoger las IPS con las cuales suscribirá contratos o convenios, ésta tiene la obligación de: **i)** celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir²⁰, **ii)** garantizar la prestación integral²¹ y de buena calidad²² del servicio, **iii)** tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS²³ y **iv)** estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS^{24, 25} receptora.

De ahí que, si se cumplen estos presupuestos puede la EPS contratar o suscribir convenios con otra IPS, y trasladar los servicios médicos de los usuarios, garantizando en todo caso el principio de continuidad la buena prestación del servicio de salud y seguridad social, ya que de lo anterior puede concluirse que no se vulnera el derecho a la salud en términos de continuidad, cuando la entidad prestadora de salud garantiza

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-688 de 2010. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T.238 de 2003. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

²⁰ Sentencias T-1063 de 2005 y T-965 de 2007.

²¹ Sentencia T-423 de 2009.

²² Sentencia T-965 de 2007.

²³ Sentencia T-247 de 2005.

²⁴ Sentencia T-518 de 2006.

²⁵ Sentencia T-603 de 2010.

que el cambio en la IPS que suministra el servicio de salud, no constituye una medida regresiva ni desmejora las condiciones de acceso y calidad del mismo.

Sobre la libre escogencia en sede de tutela, el H. Consejo de Estado, apoyado en pronunciamientos de la Corte Constitucional, reitera lo anterior, manifestando:

“La libertad de escogencia es uno de los principios rectores del Sistema de Salud colombiano. El artículo 153 de la Ley 100 de 1993²³ lo define como la facultad de escoger en cualquier momento la Entidad Promotora de Salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios (IPS) que pertenezcan a la red de las EPS, encargadas de prestar los servicios de salud.

En principio, podría pensarse que la libertad de escogencia solamente opera a favor de los usuarios del SGSSS, en la medida que les permite decidir qué EPS e IPS serán responsables de garantizar la atención en salud. Empero, en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado que se trata de un principio de doble vía, en tanto que también implica la potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen la prestación integral del servicio de salud a sus usuarios.

Sobre el particular, la Corte dijo que “las EPS tienen plena libertad de conformar su red de servicios, para lo cual cuentan con la facultad de contratar o de celebrar convenios con las IPS que lo consideren pertinente, con la obligación de brindarle un servicio integral y de calidad de salud a los afiliados y de que estos puedan elegir entre las posibilidades ofrecidas por las empresas prestadoras de salud la IPS donde desean ser atendidos. De esta forma, en aras de garantizar un margen de autonomía a los usuarios y avalar el derecho de las EPS a escoger las IPS con las cuales suscribirá contratos o convenios, ésta tiene la obligación de: ‘a) celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir, b) garantizar la prestación integral y de buena calidad del servicio, c) tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS y d) estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS’ receptora”²⁶

IV. EL CASO CONCRETO.

Teniendo en cuenta anterior marco normativo y jurisprudencial, de cara a los hechos de la solicitud de tutela y las pruebas recaudadas, nos encontramos que efectivamente la accionante se encuentra con un padecimiento en su salud, no obstante no logra demostrar que esté recibiendo por parte de la IPS y/o médico tratante un inadecuado o mal servicio de salud, razón por lo cual no se puede afirmar la existencia de vulneración de su derecho fundamental, que permita al Juez de Tutela emitir orden en el sentido de modificar la red prestadora de servicios de la EPS, para el caso específico del actor.

Sobre el particular, la parte actora pretende, que se brinde atención especializada y de forma integral, con los demás componentes que se requiere el padecimiento de la próstata, en otra ciudad, lo cual indica de ser posible Medellín –Antioquia, debido a que el accionante tiene conocimiento que la NUEVA EPS tiene convenio con el Hospital

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02989-00(AC) Actor: HUMBERTO PARRADO RINCON Demandado: COMPARTA EPS – S. C.P. Hugo Bastidas.

Universitario San Vicente Fundación y también que se ordene a la entidad accionada a suministrar los respectivos viáticos para el accionante y un acompañante.

En este punto, retoma la Sala lo expresado por la H. Corte Constitucional, cuando sobre el derecho de libre escogencia del afiliado, señala que: *“En lo que atañe al alcance del derecho del usuario, afiliado a una determinada EPS, de escoger la IPS encargada de prestar los servicios de salud, esta Corte ha considerado en primer lugar que este derecho se puede ejercer dentro del marco de opciones que ofrezca la respectiva EPS, salvo, en virtud de la Resolución 5261 de 199441, de los casos de urgencias, cuando hay autorización expresa de la EPS y **cuando se demuestra la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones de sus usuarios**”²⁷ (subrayas fuera del texto)*

Ello, conforme el H. Consejo de Estado, “significa que el derecho del usuario a escoger libremente la IPS que prestará los servicios de salud no es absoluto. Todo lo contrario, está limitado a la elección de la IPS adscrita a la red de servicios contratada por la EPS a la que está afiliado. En otras palabras, “los usuarios deben acogerse a la IPS a la que son remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones”²⁸

En tal sentido, de las documentales incorporadas al trámite de tutela, la Sala no advierte actuación de la NUEVA EPS que trunque la atención integral del padecimiento de salud del actor, negligencia, negativa injustificada alguna en la atención oportuna a través de la red prestadora de servicios de la EPS en la ciudad de Sincelejo, como tampoco existe registro de tratantes que indiquen la necesidad de remisión a otra ciudad, pues es evidente que el actor, viene siendo tratado por el especialista en el ramo de la medicina (urología) que conforme la historia clínica aportada, amerita su afectación a la salud.

Es menester precisar que para efectos de proteger un derecho y ordenar a una autoridad o a un particular actuar o abstenerse de hacerlo que, previamente debe existir un derecho fundamental atribuido a quien solicita el amparo y, además, que la entidad demandada, teniendo la obligación de satisfacer el derecho, actúe o se abstenga de hacerlo generando una vulneración o amenaza al mismo.

Lo expuesto es un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, pues a) si no existe un derecho atribuido al accionante, la entidad accionada no podría atentar contra el mismo; o b) constatándose un derecho en cabeza del demandante, si la entidad accionada no ha efectuado ninguna conducta -acción u omisión- que trasgreda

²⁷ Sentencias T-105-09, T-423-09, Citadas en la sentencia T 603 de 2010.

²⁸ Ibídem 27.

el derecho, no habría así un acto de reproche que obligara al juez ordenar una protección. Así, es necesario para la procedencia de la acción de tutela verificar la existencia de una acción u omisión de las autoridades o de un particular que vulnere o amenace un derecho fundamental, esto es, se debe constatar que la referida trasgresión es cierta, no hipotética, ni eventual o presunta.

Bajo esta premisa la Corte Constitucional²⁹ ha definido que la acción u omisión que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico jurídico y que la misma no es procedente bajo una mera suposición; pues no se puede llegar al extremo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos o acciones que no se han proferido u ocurrido, ya que con ello se violaría el debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, la garantía de un orden justo y el principio de seguridad jurídica.

En ese orden, no avista la Sala razón alguna de la cual se pueda inferir que el fallo debe ser revocado en este punto, dado que el mismo no hizo sino aplicar las normas constitucionales y legales sobre la materia, y los parámetros trazados por la jurisprudencia sobre el tema, pues no se encuentra demostrado que la entidad esté prestando un mal servicio de salud. En tal sentido, habrá de confirmarse el fallo que negó la acción de amparo, pero no por ser improcedente la acción de tutela³⁰, sino por ausencia de vulneración del derecho fundamental.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto la proferida el 9 d agosto de 2017, por el JUZGADO CUATRO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, pero bajo las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE, personalmente o por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

²⁹ T-883-08; T- 013-07; SU-975-03; T- 066-02, entre otras.

³⁰ Las causales de improcedencia de la acción de tutela, vienen dadas por el artículo 6º 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.

QUINTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, 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 N° 145.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA