

Sentencia T-163/10

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO-
Prohibición a EPS de interrumpir procedimientos, tratamientos o suministros de
medicamentos cuando se pongan en peligro derechos fundamentales del paciente/PRINCIPIO
DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO-EPS o EPS-S debe brindar de manera
inmediata los servicios requeridos cuando se presente cambio de entidad prestadora sin
dilaciones administrativas o burocráticas

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Régimen subsidiado

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD-Vulneración por no autorización de traslado de EPS-S cuando el
afiliado cumple con el año de permanencia exigido

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por cuanto se practicó operación de pólipo de fosas
nasales y se realizaron controles correspondientes durante el trámite de la revisión

Referencia: expedientes T-2441760 y T-2431452.

Acciones de tutela interpuestas por el señor Carlos Humberto Pabón Bohorquez contra la
Secretaría Distrital de Salud y otro, y Luisa Lorena Quintero Arciniegas contra Comfenalco
Tolima EPS y otro.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil diez (2010).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge
Iván Palacio Palacio, quien la preside, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en
ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los

artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Mediante auto del cinco (5) de noviembre de 2009, esta Sala de Revisión decidió acumular los procesos de tutela radicados bajo los números T-2441760 y T-2431452, para ser fallados en la misma sentencia.

I. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-2441760.

El señor Carlos Humberto Pabón Bohorquez interpone acción de tutela, el día 16 de julio de 2009, en contra de la Secretaría Distrital de Salud y Ecoopsos EPS-S, por considerar que esa entidad le ha vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, salud, libertad de escogencia de EPS, seguridad social e igualdad.

Para fundamentar su solicitud de tutela el accionante relata los siguientes:

1. Hechos

1.1. Manifiesta que estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen subsidiado, inicialmente con Cafam EPS, y que como la entidad dejó de operar para el Distrito de Bogotá fue trasladado sin su consentimiento a Ecoopsos EPS-S, el 1 de octubre de 2007.

1.2. Relata que en su antigua EPS-S se le venía realizando un tratamiento de urología, por lo que se le habían ordenado por parte del galeno tratante varios medicamentos, que debido al cambio de EPS-S no le continuaron suministrando.

1.3. El demandante aduce que solo ha utilizado el servicio de Ecoopsos ESS EPS-S en dos ocasiones pero en ambas oportunidades se le prestó un mal servicio, por lo que luego de haber presentado una queja ante la entidad fue trasladado a otra IPS en el barrio San Vicente. Sin embargo, considera que también allí le atendieron mal.

1.4 Indica que el día 3 de febrero de 2009 presentó un derecho de petición ante Ecoopsos EPS-S, en el que manifestaba (i) que se encontraba en tratamiento médico de urología, (ii) su

inconformidad con la prestación del servicio y (iii) el ánimo de cambiar de EPS-S.

1.5 El 16 de febrero del mismo año Ecoopsos EPS-S dio contestación al derecho de petición informándole al accionante (i) que había sido asignado a ésta entidad mediante Acuerdo 294 de 2005, dado que la EPS-S Cafam dejó de operar en el Distrito de Bogotá, y que tal procedimiento fue realizado por el ente territorial en el mes de octubre de 2007; (ii) que se le han brindado las opciones correspondientes y cambio de IPS, según georeferenciación al lugar de residencia del actor, dentro de las IPS contratadas y debidamente autorizadas por la Secretaría Distrital de salud que han sido requeridas y en tal medida no se le ha vulnerado la prestación del servicio; y (iii) que igualmente el Ministerio de Protección Social establece en el Acuerdo 294 de 2005 que “en caso de que el afiliado manifieste su decisión de traslado este se hará efectivo en los términos establecidos por el CNSSS”, en el siguiente periodo de traslados autorizados.

1.6 El accionante solicita que se le sigan entregando los medicamentos ordenados por el galeno tratante de la anterior EPS-S y el cambio de EPS-S debido al mal servicio que le ha brindado Ecoopsos EPS-S.

2. Respuesta de las entidades demandadas

2.1 Secretaría Distrital de Salud Bogotá.

De acuerdo con lo anterior, la Secretaría considera no haber vulnerado ningún derecho fundamental del accionante.

2.2 Ecoopsos EPS-S

Mediante oficio recibido por el juez de instancia el 24 de julio de 2009, la EPS-S Ecoopsos manifestó: (i) que el señor Carlos Humberto Pabón Bohórquez se encuentra con afiliación vigente; (ii) que fue vinculado a la EPS-S desde el 1 de octubre de 2007 en el municipio de Bogotá y tiene derecho a recibir todos los servicios contemplados en el POS; por lo tanto considera que no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

Aduce haber contestado un derecho de petición presentado por el accionante, el día 16 de febrero de 2009, en donde se le informó que él estaba asignado directamente a Ecoopsos EPS-S, de conformidad con el Acuerdo 294 de 2005 dado que la EPS-S Cafam dejó de operar

en el Distrito de Bogotá, proceso que fue realizado por el ente territorial en el mes de octubre de 2007.

Adicionalmente, cita el artículo 20 del Acuerdo 244 de 2003, que a la letra dice:

“Procedimiento del traslado. Para efectos de traslado de Administradora de Régimen Subsidiado se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Siempre y cuando el afiliado haya permanecido durante tres años continuos en la entidad Administradora, podrá manifestar libremente su voluntad de traslado entre los 90 y 30 días antes del inicio del periodo de contratación, en el Formulario Único Nacional de Afiliación y Traslado redefinido por el Ministerio de la Protección Social.

2. El proceso de traslado se realizará en el acto público de que trata el artículo 11 del presente acuerdo. Durante este acto público se hará entrega del carné correspondiente. En este proceso la Entidad Territorial deberá garantizar que no se genere multiafiliación como consecuencia del traslado.

3. Una vez cumplido el procedimiento anterior, el traslado de los afiliados se hará efectivo desde el primer día del periodo de contratación siguiente.”

Por último, manifiesta que luego de cumplir estos requisitos se podrá acceder al traslado definido por el Ministerio de Protección Social debido a que el responsable de la movilidad de los usuarios dentro de las bases de datos es el ente territorial competente según su jurisdicción. En consecuencia, Ecoopsos EPS-S manifiesta no haber incurrido en una conducta que se pueda valorar como vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

3. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Catorce Civil Municipal de Bogotá, mediante proveído de 28 de julio de 2009, niega el amparo bajo los siguientes argumentos: (i) que el derecho a la salud no es fundamental, pues éste solo adquiere tal carácter cuando se encuentra en conexidad con el derecho a la vida; (ii) que el accionante aún no ha cumplido con los requisitos del artículo 20 del Acuerdo 244 de 2003 y por lo tanto no procede la desafiliación; (iii) que se le está prestando el servicio; y por último, (iv) que si el usuario no está satisfecho con la prestación del servicio por parte de la EPS-S Ecoopsos, le asiste el derecho a elevar sus reclamos ante la

Superintendencia Nacional de Salud, hasta tanto se presente la oportunidad de traslado.

4. Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente.

* Fotocopia de la cédula de ciudadanía y el carné de salud del señor Carlos Humberto Pabón Bohórquez.

* Fotocopia de fórmula médica del señor Carlos Humberto Pabón Bohórquez, con fecha del 20 de septiembre de 2007, que describe el tratamiento a seguir.

* Copia de la queja presentada ante Ecoopsos EPS-S el día 3 de febrero de 2009.

* Oficio en el que Ecoopsos EPS-S certifica que el accionante, se encuentra Activo en el nivel 2 del Sisben, a partir del 1 de octubre de 2007.

* Audiencia de recepción de ampliación de los hechos por parte del accionante, con fecha de 21 de julio de 2009.

II. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-2431452.

La joven Luisa Lorena Quintero Arciniegas interpone acción de tutela en contra de Comfenalco Tolima EPS-S y el Hospital Federico Lleras, por considerar que estas entidades le han vulnerado sus derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad a la vida digna. Para fundamentar su solicitud de tutela, la accionante expuso los siguientes:

1. Hechos.

1. Sostiene que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado, con la EPS-S Comfenalco Tolima.

1. Comenta que padece enfermedad de pólipo de las fosas nasales, motivo por el cual requiere tratamiento médico integral.

1. Indica que la Secretaría de Salud de Ibagué -Dirección de Seguridad Social-, el día 30 de abril de 2009, facultó al Hospital Federico Lleras Acosta para diagnosticar y autorizar los exámenes correspondientes, a saber: (i) TAC de senos paranasales, (ii) laringoscopia, (iii) valoración por anestesiología y (iv) valoración por otorrinolaringólogo.

1. Expone que teniendo en cuenta lo anterior y realizados los exámenes respectivos, con el fin de ser efectuada la operación de pólipo de las fosas nasales, en programación de citas por el Hospital Federico Lleras Acosta, se establecen como fechas para el control los días 10 y 26 de agosto de 2009, sin que se haya fijado fecha para la correspondiente operación.

1. Finalmente, informa que la operación de pólipo en las fosas nasales se hace necesaria y urgente, debido a que cada día se agrava más su salud y las fechas dadas para el control se tornan muy dilatorias para el estado de su enfermedad.

2. Respuesta de las entidades demandadas

2.1. Comfenalco EPS-S Tolima.

Adujo que la accionante se encuentra afiliada a esa entidad en el régimen subsidiado.

Manifiesta que la Secretaría de Salud Departamental autorizó los servicios requeridos por la actora, toda vez que estos eran de su competencia al no estar incluidos en el POS-S.

Menciona que respecto de la programación de la operación requerida por la accionante, desconoce los motivos por los cuales no ha sido determinada la fecha, toda vez que las autorizaciones se encuentran expedidas por la Secretaría de Salud del Departamento.

Por otra parte, indica que es al Hospital Federico Lleras Acosta a quien corresponde fijar las

fechas de las operaciones y las citas de los pacientes, por ser este último el que practica la cirugía y programa los controles en su condición de prestador de los servicios.

Finalmente, solicita se le exonere de la responsabilidad.

2.2 Hospital Federico Lleras Acosta.

Indica que al revisarse la historia clínica de la accionante, se determina que fue valorada por el anesthesiólogo el 11 de junio de 2009.

Manifiesta que respecto a la realización del procedimiento quirúrgico requerido por la peticionaria de acuerdo al diagnóstico de pólipo de las fosas nasales, será determinado por el otorrinolaringólogo con el cual la accionante tiene cita el 10 de agosto de 2009.

Además, aclara que la agenda del Hospital para citas con el otorrinolaringólogo se encuentra llena, por lo que fue imposible adelantar la cita de la usuaria.

Adicionalmente, refiere que esta institución no sólo presta sus servicios de salud a Ibagué, sino a todos los usuarios del Departamento conforme a la capacidad del Hospital.

Del mismo modo, indica que el día de la valoración con el otorrinolaringólogo, éste realizará la laringoscopia requerida por la petente y respecto al TAC simple de senos paranasales, se le han realizado llamadas a la usuaria por parte de la entidad, las cuales han sido atendidas por los padres de la accionante, a quienes se les ha informado que la joven debe acercarse de inmediato al servicio de imagenología del Hospital, donde le realizarán el examen requerido, del cual debe llevar los resultados a su cita con el otorrinolaringólogo.

3. Decisión judicial objeto de revisión en este caso

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, mediante sentencia del 10 de agosto de 2009, denegó la protección constitucional solicitada por considerar que el derecho a la salud no tiene en este caso el carácter fundamental, por cuanto no pone en inminente peligro la vida de la accionante, ni es una patología de carácter catastrófico.

Manifiesta, además, que se le han dado las autorizaciones necesarias y se le han prestado los servicios médicos requeridos.

En cuanto a la dilación a que hace mención la accionante, el juez aduce que ésta es una mera apreciación de ésta sin ningún fundamento científico, toda vez que es el médico tratante quien puede determinar la urgencia del procedimiento prescrito.

4. Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente.

* Copia de la cédula de ciudadanía y carné de afiliación a la EPS-S Comfenalco Tolima, de la señorita Luisa Lorena Quintero Arciniegas.

* Copia de la autorización por parte de la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, con fecha 30 de abril de 2009, para la realización del TAC de senos paranasales.

* Copia de la autorización por parte de la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, con fecha del 30 de abril de 2009 para la realización de laringoscopia a la petente, en el Hospital Federico Lleras Acosta, de atención ambulatoria.

* Copia de la autorización por parte de la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, con fecha del 30 de abril de 2009, para la realización de valoración por anestesiología a la accionante, en el Hospital Federico Lleras Acosta.

* Copia de la autorización por parte de la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, con fecha del 30 de abril de 2009 para la realización de valoración por otorrinolaringología a la señorita Luisa Lorena, en el Hospital Federico Lleras Acosta.

* Fotocopia de la programación de cita con el otorrinolaringólogo.

* Fotocopia de los copagos realizados por pagaduría al Hospital Federico Lleras.

* Fotocopia del formato de verificación de derechos para servicios ambulatorios autorizando los procedimientos de recobro.

* Fotocopia del informe de anestesia, de la valoración realizada a la señorita Luisa Lorena Quintero Arciniegas.

5. Trámite de Revisión

En el transcurso del trámite de la revisión, mediante auto adiado el 10 de febrero del año en curso, se allegó al despacho escrito enviado por el jefe de la oficina asesora Jurídica del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, en el que se constata, de acuerdo a los soportes, que ya se le prestaron los servicios requeridos a la accionante, según se explicará más adelante.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar:

Si una entidad prestadora de salud en el régimen subsidiado vulnera los derechos fundamentales a la vida, salud, libre escogencia de EPS-S, seguridad social, e igualdad de una persona, por no permitirle el cambio de EPS-S luego de haber permanecido en ésta por casi 3 años.

Si se le desconoce el derecho fundamental a la salud a una persona cuando una entidad prestadora del servicio de salud no le autoriza la continuidad de un tratamiento que requiere, el cual se le venía prestando por su anterior EPS-S, por el hecho que aquél no ha sido formulado por el médico tratante adscrito a la nueva EPS-S a la que fue asignado

2.2 Expediente T- 2431452

Si el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de una persona, al programarle una intervención ambulatoria para retirarle un pólipo de las fosas nasales, luego de cuatro meses de haberse autorizado

Para resolver los anteriores problemas jurídicos la Sala desarrollará los siguientes aspectos: (i) protección del derecho fundamental a la salud y principio de continuidad e integralidad en la prestación del servicio; (ii) libre escogencia de EPS en el régimen subsidiado; (iii) carencia actual de objeto por un hecho superado. Posteriormente, (iv) la Sala analizará los casos concretos para determinar si se debe conceder o no la protección invocada.

3. Protección del derecho fundamental a la salud¹ y principio de continuidad en la prestación del servicio².

3.1 La Constitución Política consagra en sus artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley³.

3.2 La Corte Constitucional en principio diferenció los derechos protegidos mediante la acción de tutela de los de contenido exclusivamente prestacional, de tal suerte que el derecho a la salud, para ser amparado por vía de tutela debía tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Sin embargo, se protegía como derecho fundamental autónomo cuando se trataba de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo

44 de la Constitución, y en el ámbito básico cuando el accionante era un sujeto de especial protección.

3.3 Desde la sentencia T-858 de 2003 la Corte Constitucional refiere las dimensiones de amparo de este derecho, para lo cual precisó lo siguiente:

“(…)En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional.

“(ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos(…)”. (Negrillas fuera del texto original).

Esta corporación ha señalado que el derecho a la salud posee una doble connotación: (i) como un derecho fundamental y (ii) como un servicio público y en tal razón se ha considerado que:

“en materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez

adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.

Por tal motivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección”⁴.

Lo anterior quiere decir que procede el amparo en sede de tutela cuando resulta imperioso velar por los intereses de cualquier persona que así lo requiera⁵. En tal sentido, la salud como servicio público esencial a cargo del Estado, además de regirse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que consagra expresamente el artículo 49 de la Constitución Política, debe dar cumplimiento al principio de continuidad⁶, que conlleva su prestación de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su interrupción sin la debida justificación constitucional.

3.4. En cuanto al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, esta corporación, en Sentencia C-800 de 2003, señaló en qué eventos son constitucionalmente inaceptables las decisiones de interrumpir abruptamente el servicio por parte de las entidades prestadoras de salud, tanto del régimen subsidiado como del contributivo:

“Por otra parte, también se ha ido precisando en cada caso, si los motivos en los que la EPS ha fundado su decisión de interrumpir el servicio son constitucionalmente aceptables. Así, la jurisprudencia, al fallar casos concretos, ha decidido que una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones: (i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos;⁷ (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS

correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo;⁸ (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario⁹; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado;¹⁰ (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad;¹¹ o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.¹²

Sin embargo, como se observa en la Sentencia citada anteriormente¹³, para mantener el equilibrio entre las partes se establecieron ciertos límites en los cuales es constitucionalmente aceptable que la EPS se niegue a seguir prestando el servicio de salud cuando ya se ha cumplido con la garantía constitucional inicial. Dijo la Corte al respecto:

“El principio de continuidad busca evitar que se deje de prestar un servicio básico para todas las personas, pero no pretende resolver la discusión económica de quién debe asumir el costo del tratamiento, y hasta cuándo. Inclusive, la Corte ha señalado algunos eventos en que constitucionalmente es aceptable que se suspenda la prestación del servicio de salud¹⁴. Por ejemplo, cuando el tratamiento fue eficaz y cesó el peligro para la vida y la integridad, en conexidad con la salud, el principio de continuidad del servicio público no exige que siga un tratamiento inocuo ni tampoco ordena que pasados varios meses de haberse terminado un tratamiento por una enfermedad se inicie uno nuevo y distinto por otra enfermedad diferente. Sin embargo, estas circunstancias han de ser apreciadas caso por caso mientras no exista una regulación específica de la materia.”

En atención a lo anterior, se puede concluir, en primer lugar, que el legislador al consagrar en el artículo 2° de la ley 100 de 1993 que los servicios de salud deben ser prestados acorde con los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, buscó su aplicación procurando la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

En segundo lugar, respecto de la salud y la seguridad social, la jurisprudencia ha precisado que la continuidad en su prestación garantiza el derecho de los usuarios a recibirla de manera diligente y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones

que afecten sus garantías fundamentales.

Por último, el principio de continuidad en la prestación del servicio no pretende resolver quién debe asumir los costos de los tratamientos y hasta cuándo, sino los eventos en los que constitucionalmente es inaceptable que se suspenda la prestación del servicio de salud, cuando se atente contra los derechos fundamentales a la vida y dignidad de las personas.

3.6 Ahora bien, en cuanto a la continuidad en la prestación del servicio de salud cuando el usuario se cambia de EPS o EPS-S, esta corporación, en sentencia T 246 de 2005, estableció:

“En suma, en los casos en los cuales la vida en condiciones dignas y la salud puedan verse comprometidas debido a la interrupción de los servicios médicos, ya sea por la no realización de un procedimiento, diagnósticos dilatados en el tiempo o a la falta de entrega de medicamentos por razones económicas o administrativas, los usuarios demandantes en acción de tutela deberán ser protegidos por los jueces constitucionales, para dar así cumplimiento a las normas previstas en la Carta Superior.”

En tal medida, sin importar el cambio de entidad prestadora del servicio, corresponde a la EPS16 ó EPS-S17 asignada actuar sin dilaciones por razones administrativas o burocráticas, y brindar de manera inmediata los servicios requeridos por el usuario¹⁸, aún más cuando se trata de la continuidad de un tratamiento que se le venía prestando, para garantizar de esta manera los derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana de estas personas.

4. Libre escogencia de EPS-S en el régimen subsidiado

Para desarrollar este aspecto, es necesario iniciar con un recuento cronológico del desarrollo legal que se le ha dado al principio de libre escogencia de EPS.

4.1 En primer lugar, la ley 100 de 1993, en su artículo 153 numeral 4°, señala dentro de los principios rectores que orientan el Sistema General de Seguridad Social en Salud la “libre escogencia” de EPS en los siguientes términos:

“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 Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios”.

Asimismo, en sus artículos 156 y 159, indica que este principio permite a los usuarios la libre elección de su Entidad Promotora de Salud, al tiempo que ofrece una garantía con relación a la debida organización y prestación del servicio público de salud. Este principio, además de ser una de las reglas del servicio público de salud, representa una característica y garantía de los afiliados.

4.2 Seguidamente, el artículo 14 numeral 4° del Decreto 1485 de 199419, consagra el derecho a la libre escogencia como la “facultad que tiene un afiliado de elegir entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio”.

4.3 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.”

4.4 Ahora bien, en el Artículo 25 de la ley 1122 de 2007, se establece:

Artículo 25. De la regulación en la prestación de servicios de salud. Con el fin de regular la prestación de los servicios de salud, el Ministerio de la Protección Social definirá:

(...)

Parágrafo 1°. El usuario que vea menoscabado su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado con la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores y esta no sea cierta, podrá cambiar de aseguradora sin importar el tiempo de permanencia en esta. El traslado voluntario de un usuario podrá hacerse a partir de un año de afiliado a esa EPS según reglamentación que para dichos efectos expida el Ministerio de la Protección Social. La Superintendencia Nacional de Salud podrá delegar en las entidades territoriales la autorización de estos traslados. La aseguradora que incurra en las causales mencionadas en el presente artículo será objeto de las sanciones establecidas en la Ley por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, salvo las limitaciones a la libre elección derivadas del

porcentaje de obligatoria contratación con la red pública.

4.5 Bajo este mismo criterio, mediante acuerdo 415 del 29 de mayo de 2009, con el que se derogó el Acuerdo 244 de enero 31 de 2003, se señaló:

“CAPITULO. IV”

“Afilación de los beneficiarios del Régimen Subsidiado y garantías a la libertad de elección”

“Artículo 14. De la afiliación. La afiliación al SGSSS se dará por una única vez. Luego de esta, los cambios en la condición del afiliado o los traslados entre EPS del mismo régimen o entre regímenes se considerarán novedades y en el caso del Régimen Subsidiado operarán de acuerdo con lo dispuesto en el presente Acuerdo.”

“Artículo 15. De la afiliación en el Régimen Subsidiado. La afiliación al Régimen Subsidiado es el proceso mediante el cual la población elegible o elegible priorizada se incorpora al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este proceso la población selecciona libremente una EPS-S y suscribe el formulario único de afiliación y traslado.”

“Para la garantía de la prestación de servicios al afiliado y para todos los efectos legales, la afiliación adquiere vigencia a partir del primer día calendario del nuevo período de contratación, cuando la suscripción de la afiliación se haya efectuado durante los dos (2) meses anteriores a la suscripción del nuevo contrato.”

“En los demás casos, se aplicará la siguiente regla: si el formulario fue suscrito durante los primeros quince (15) días del mes, la vigencia de la afiliación se hará efectiva a partir del primer día calendario del mes siguiente. Si el formulario fue suscrito en fecha posterior al día dieciséis (16) del respectivo mes, la afiliación tendrá vigencia a partir del primer día calendario del mes subsiguiente.”

“Artículo 16. Continuidad de la afiliación. Una vez el beneficiario elegible se afilie al Régimen Subsidiado, se deberá garantizar la continuidad de su afiliación aplicando las fuentes de financiamiento del Régimen Subsidiado en los términos que lo dispone la Ley 1122 de 2007, salvo que cambien las condiciones para su permanencia según lo señalado en el parágrafo del artículo 3° del presente Acuerdo.”

“Antes de cualquier ampliación de cobertura se deberá garantizar, la destinación de los recursos necesarios para la continuidad de los afiliados al Régimen Subsidiado”.

“Artículo 17. Período mínimo de permanencia. El período de permanencia de un afiliado en la misma Entidad Promotora de Salud del Subsidiado será mínimo de un año, salvo en los casos previstos en los artículos 36 y 50 del presente Acuerdo o en caso de que se traslade al Régimen Contributivo.

Artículo 18. Garantías a la libre elección de EPS-S. Las entidades territoriales responsables de la operación del Régimen Subsidiado deberán asegurar a la población elegible o elegible priorizada su derecho a la libre escogencia de la Entidad Promotora de Salud EPS-S de su preferencia. Para tal fin, deberán desarrollar como mínimo las siguientes actividades:

1. Mantener en un lugar visible al público y o en los principales centros de atención en salud en el municipio o Distrito, en forma permanente y actualizada, el listado de las EPS-S que se encuentran debidamente inscritas en el territorio con su respectiva ubicación, números telefónicos de atención al público y red prestadora de servicios de salud adscrita a cada una de ellas. Garantizando en todo momento igualdad en las condiciones de promoción de las EPS-S tal como lo señala el artículo 33 del presente Acuerdo.

2. Informar a los beneficiarios y a los afiliados sobre los resultados de desempeño de las EPS-S que realicen las entidades de dirección, inspección vigilancia y control de orden nacional.

3. Apoyar en la distribución, entre los beneficiarios elegibles o priorizados y entre los afiliados la “Carta de Desempeño”.

4. Planear y ejecutar una estrategia de información y comunicación, de acuerdo con los requerimientos del proceso de afiliación que le correspondan, la cual le permita a la población beneficiaria, elegible o priorizada, informarse de manera oportuna sobre las exigencias del proceso de afiliación.

5. Planear y ejecutar una estrategia de afiliación al Régimen Subsidiado de la población elegible o elegible priorizada a través de los colegios públicos y los demás programas sociales que se adelanten en el municipio o Distrito.

6. Establecer mecanismos de afiliación al Régimen Subsidiado de la población elegible, o

elegible priorizada al momento de la atención en los prestadores de servicios de salud. Este mecanismo deberá establecerse en articulación con la red prestadora pública y privada con la que se contrate la prestación del servicio y las EPS-S de su territorio; dichos mecanismos solo podrán usarse durante la ejecución de actividades de naturaleza preventiva y curativa ambulatoria. (Subrayado fuera del texto)

El ejercicio del derecho a la “libre escogencia” se encuentra sometido al cumplimiento de las condiciones previstas en la normatividad anterior. En tal medida, este principio fundamental se encuentra debidamente regulado y desarrollado, de modo que se establece de forma taxativa el proceso que se debe seguir para garantizar su cumplimiento²⁰.

4.6 Jurisprudencialmente en Sentencia T-1229 de 2008, esta Corporación estableció al respecto:

“Ahora bien, los derechos y garantías del SGSSS no tienen en general un carácter absoluto²¹. El derecho a la libre escogencia, de hecho, ha sido objeto de una regulación jurídica que impone el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos para que pueda ejercerse de forma razonable por los usuarios. La movilidad de los afiliados al SGSSS, de una Entidad Promotora de Salud a otra de su elección, se encuentra limitada entonces por las reglas que para el efecto establecen los Decretos 806 de 1998, 1485 de 1994, 1406 de 1999 y 047 del 2000, de los que se derivan las siguientes reglas jurídicas:

(i) El derecho a la libre escogencia, de acuerdo a la ley, es la facultad que tiene un afiliado de seleccionar entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio²². El derecho a la libre escogencia se extiende a las IPS, salvo las restricciones que existan por limitaciones en la oferta de servicios, debidamente acreditadas ante la Superintendencia Nacional de Salud²³.

(ii) El traslado entre entidades administradoras está sujeto al cumplimiento de los requisitos de permanencia que establecen las normas que reglamentan el Sistema²⁴. Uno de ellos es el término para que se autorice el traslado de EPS en el régimen contributivo, que a partir del año 2002, exige como regla general, una permanencia mínima de 24 meses (continuos o discontinuos) en la misma EPS, con los respectivos pagos durante ese tiempo, sin perjuicio del traslado excepcional por falla en el servicio²⁵. Sin embargo, existen excepciones: (a) los beneficiarios que hayan sido incluidos en una fecha diferente a la afiliación del cotizante,

deben cumplir 24 meses (continuos o discontinuos) de permanencia, para que se autorice el traslado del cotizante, salvo que alguno de los beneficiarios haya nacido estando afiliado el cotizante a la EPS de la cual desea retirarse²⁶; (b) quien haga uso de los servicios organizados por las EPS para atender procedimientos de alto costo “deberá permanecer por lo menos dos años después de culminado el tratamiento, en la respectiva Entidad Promotora de Salud, salvo mala prestación del servicio”²⁷; (c) El derecho a la movilidad de las personas que se encuentren en periodos de incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, no puede ejercerse sino hasta el día siguiente a aquel en que termine la licencia o incapacidad, e igual ocurre si la persona se encuentra interna en una entidad hospitalaria, en procedimientos de alta complejidad²⁸; y (d) según el Decreto 1406 de 1999, artículo 43, el traslado de un afiliado independiente que se haya retirado de una EPS, adeudando sumas por concepto de cotizaciones o copagos, se hará efectivo sólo a partir del momento en que el afiliado cancele sus obligaciones pendientes con el SGSSS a la entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliado; (e) lo anterior se aplica igualmente a los afiliados dependientes que se trasladen sin haber cancelado sus obligaciones pendientes con el sistema, por concepto de copagos o cuotas moderadoras²⁹.”

De acuerdo con lo anterior, en cuanto al principio de libre escogencia de entidad prestadora del servicio de salud dentro del régimen subsidiado EPS-S se pueden concluir tres aspectos:

i. Cuando el usuario quiera trasladarse voluntariamente de EPS-S, podrá hacerlo a partir de un (1) año de permanencia.

i. Si el usuario se afilia a una EPS-S por determinados servicios que fueron ofrecidos en principio, y estos no son prestados, se podrá cambiar de entidad sin importar el tiempo de permanencia.

i. En el Régimen Subsidiado, las entidades territoriales serán responsables de garantizar a la población elegible o elegible priorizada, su derecho a la libre escogencia de EPS-S presentando un proceso transparente en el que se le den opciones a estos usuarios de elegir.

Por tanto, en el régimen subsidiado las EPS-S no pueden imponer limitaciones al ejercicio del derecho de “libre escogencia” por fuera de los requisitos previstos en la citada normatividad.³⁰

5. libre escogencia de EPS-S y debida prestación del servicio.

Ahora bien, aún cuando el ejercicio del derecho a la “libre escogencia” se encuentra sometido al cumplimiento de las condiciones previstas en los numerales cuarto (4°) y noveno (9°) del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, dichos condicionamientos no resultan exigibles en aquellos casos en que exista “una mala prestación o suspensión del servicio”, configurando estas dos situaciones una excepción a la regla. Bajo este entendido, aun cuando no se encuentren cumplidos los periodos previstos en las normas citadas, la ineficiencia en la prestación de los servicios de salud requeridos por el usuario o su suspensión injustificada, le permiten a éste ejercer legítimamente y sin limitaciones su derecho a la “libre escogencia”, es decir, adoptar en cualquier tiempo la decisión de cambiar la entidad promotora de salud. Ello, debido a que con dicha prerrogativa se busca preservar la vida y la salud del afiliado en condiciones dignas y justas, tal como lo garantiza el mismo artículo 49 de la Constitución Política al señalar que toda persona tendrá el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Es de recordar, como se mencionó con anterioridad, que por fuera de las condiciones establecidas en los numerales 4 y 9 del Decreto 1485 de 1994, no pueden imponerse limitaciones al ejercicio del derecho de “libre escogencia”; en el entendido, además, que las condiciones reguladas sólo pueden ser exigibles por parte de las E.P.S. y EPS-S. cuando se garantiza al usuario una eficiente y adecuada prestación del servicio.

Sobre este particular en la Sentencia T-1029 de 2000, la Corte Constitución se refirió al derecho de “libre escogencia” en los siguientes términos:

“2. Los artículos 157 y 158 de la Ley 100 de 1993, garantizan a los afiliados al régimen de seguridad social en salud, las libertades para escoger la Empresa Promotora de Salud y para

decidir el cambio de la misma, de acuerdo con la reglamentación legal al respecto. 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.”

Así, de acuerdo con los lineamientos constitucionales y legales, el ejercicio del derecho de “libre escogencia” comporta una garantía básica para asegurar el derecho fundamental de acceso a la Seguridad Social, y para permitir que este último se materialice en una prestación regular, continua, oportuna y eficiente de los servicios médicos que requieran los afiliados y que se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

6. Carencia actual de objeto por un hecho superado. Reiteración de Jurisprudencia

La acción de tutela fue consagrada por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, con la finalidad de garantizar la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, en igualdad de condiciones. Sin embargo, hay ocasiones en las que el supuesto fáctico que motiva el proceso de tutela se supera o cesa, ya sea (i) antes de iniciado el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo o (ii) estando en curso el trámite de revisión ante esta Corporación³¹

En éste último caso se ha establecido que la acción de tutela se torna improcedente por no existir un objeto jurídico sobre el cual proveer³², sin que por ello pueda proferir un fallo inhibitorio.³³ En tal sentido, la Corte Constitucional ha dispuesto que en las hipótesis en las que se presente el fenómeno de carencia actual de objeto, deberá proferirse un fallo de fondo, en el que se desarrollen dos aspectos:

i. Se analice si existió o no una vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

i. Se determine el alcance de tal vulneración, con base en las pruebas allegadas al proceso.

De acuerdo a lo anterior, cuando en el trámite de revisión se infiera que el juez de instancia ha debido negar o conceder el amparo solicitado debe procederse a revocar la providencia materia de revisión, aunque se declare la carencia actual de objeto, porque no se puede confirmar un fallo contradictorio con lo consagrado en el ordenamiento superior.³⁴

En suma, el fenómeno de la carencia actual de objeto se presenta cuando los motivos que generan la interposición de la acción de tutela cesan por cualquier causa, perdiendo así su razón de ser por no haber un objeto jurídico sobre el cual fallar.

Sin embargo, ello no es impedimento para que el juez constitucional, ya sea en segunda instancia o en sede de revisión, entre a analizar la juricidad del proveído comparándolo con el ordenamiento constitucional y con la interpretación que para tal efecto se haya realizado y, si es del caso, haga una declaración jurídica sobre la materia objeto de estudio, es decir, revoque el fallo sub examine, sin impartir orden alguna por haberse superado el supuesto de hecho que generó la acción.

7. Análisis de los casos concretos.

7.1 Del expediente T-2441760

En este caso el señor Carlos Humberto Pabón Bohórquez se encuentra dentro del régimen subsidiado en el Distrito de Bogotá; inicialmente se encontraba afiliado a Cafam EPS-S, en donde se le estaba suministrando tratamiento médico por urología; posteriormente, fue trasladado por decisión del ente territorial y asignado a Ecoopsos EPS-S; según lo manifiesta el accionante, no le siguieron entregando los medicamentos del tratamiento prescrito por el galeno tratante de Cafam EPS-S y no le prestaron un servicio óptimo en Ecoopsos EPS-S donde fue asignado, por lo que solicita ser trasladado de EPS-S.

Las entidades accionadas manifiestan que no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental, pues de acuerdo con la petición presentada por el actor sobre el servicio, fue asignado a otra IPS y le manifestaron que puede realizar el cambio de EPS-S cuando cumpla 3 años de permanencia en esa entidad.

Para resolver este caso se plantearon dos problemas jurídicos: (i) Si se le vulneraron al accionante los derechos fundamentales a la vida, salud, libre escogencia de EPS-S, seguridad

social; y (ii) si se le desconoció el derecho fundamental a la salud al no autorizarle la continuidad de un tratamiento que requiere y que se le venía prestando por su anterior EPS-S, por el hecho que aquél no ha sido formulado por el médico tratante adscrito a la nueva EPS-S a la que fue asignado.

Como se expresó con anterioridad, el derecho a la salud tiene de manera autónoma el carácter de fundamental y en tal sentido es indispensable garantizar, la continuidad en los tratamientos ordenados, más cuando se trata de ordenes emitidas por médicos adscritos como en el caso sub examine, sin que sea obstáculo para su entrega el hecho de haber cambiado de EPS-S a voluntad del ente territorial.

De otra parte, en este caso, también se observa que una de las entidades accionadas limita el derecho de “libre escogencia” que tiene el accionante, al negarle la posibilidad de trasladarse a otra EPS-S, Al respecto, es necesario dejar claro que en el Acuerdo 244 de 2003, citado tanto por Ecoopsos EPS-S en la contestación de la demanda como por el juez de instancia en el fallo proferido, se exigían como mínimo de permanencia en la EPS-S tres años, pero en ese momento tal Acuerdo ya había sido derogado por el Acuerdo 415 de 2009, en el cual sólo se exige un año de permanencia en la EPS-S; por tanto el usuario tenía todo el derecho de elegir otra EPS-S que le pudiera prestar los servicios requeridos.

Adicionalmente, el Ente Territorial en este caso el Distrito de Bogotá, tendrá en adelante, que garantizar a los afiliados del régimen subsidiado, la libre escogencia de EPS-S conforme a lo estipulado legalmente, presentando diferentes opciones a los usuarios, quienes elegirán mediante un proceso transparente y según su conveniencia en los servicios, la entidad idónea que les brinde calidad y garantías de atención en salud.

En consecuencia, se revocará el fallo proferido por el Juzgado Catorce Civil Municipal de Bogotá el 28 de julio de 2009, en el que se niega el amparo. En su lugar, se ordenará a la Secretaría de Salud del Distrito de Bogota y a Ecoopsos EPS-S (en el evento en que no lo hubiere hecho), que autorice al señor Carlos Humberto Pabón Bohórquez el traslado de EPS-S requerido haciendo el respectivo acompañamiento en el trámite correspondiente y bajo los parámetros legales establecidos.

Además, se le ordenará a la EPS-S Ecoopsos que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo entregue al peticionario los medicamentos requeridos para

garantizar la continuidad del tratamiento que se le venía prestando por su anterior EPS-S.

7.2 Del expediente T-2431452.

7.2.1 En este caso la joven Luisa Lorena Quintero Arciniegas se encuentra afiliada al régimen subsidiado con la EPS-S Comfenalco Tolima; manifiesta padecer de pólipo de las fosas nasales, motivo por el cual requiere tratamiento médico integral y una intervención quirúrgica. Todos los requerimientos fueron autorizados y se fijaron como fechas para el control, los días 10 y 26 de agosto de 2009, sin que se haya fijado fecha para la correspondiente operación.

El Hospital Federico Lleras al responder la demanda de tutela, manifiesta que: a). los controles requeridos son necesarios para practicar la intervención, b). la urgencia es una mera apreciación de la usuaria y c). debido a que las agendas están copadas y todos los usuarios deben estar en igualdad de condiciones se programó la cita para el mes de agosto.

7.3 El juez de instancia negó el amparo bajo el argumento de habersele dado tanto las autorizaciones como los servicios médicos requeridos a la accionante. Aduce que la emergencia de la intervención quirúrgica es una mera apreciación de la usuaria, sin ningún fundamento científico, toda vez que es el médico tratante quien puede determinar la premura del procedimiento prescrito.

En el caso sub examine, la Sala advierte que durante el trámite en sede de revisión de la Corte Constitucional, mediante oficio y soportes de la historia clínica, post-operatorio y descripción de la intervención, allegados el día 10 de febrero del año en curso, por parte del jefe de la oficina jurídica del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué³⁵, se practicó la operación de pólipo de las fosas nasales y se realizaron los controles correspondientes a la joven Luisa Lorena Quintero Arciniegas. Por tanto, se configura el hecho superado por carencia actual de objeto, en la medida en que ya se satisfizo la petición de la accionante durante el trámite de la revisión.

En este caso es importante resaltar, que en esta oportunidad no se configuró una vulneración a los derechos de la accionante, pues tal como lo afirmó el juez de instancia, siempre le dieron las autorizaciones correspondientes y se prestaron los servicios necesarios requeridos por la accionante, tanto por la Secretaría de Salud de Ibagué como por la EPS-S Comfenalco

Tolima y el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué.

Concluye la Sala que la acción de tutela se torna improcedente por no existir un objeto jurídico sobre el cual proveer. De tal manera, se declarará la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado, al habersele practicado durante el trámite de revisión la intervención quirúrgica requerida. En consecuencia se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué el 10 de agosto de 2009.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Civil Municipal de Bogotá el 28 de julio de 2009, en la que se negó el amparo solicitado. En su lugar, tutelar el derecho a la salud del señor Carlos Humberto Pabón Bohórquez.

SEGUNDO. Ordenar a la EPS-S Ecoopsos y a la Secretaría Distrital de Bogotá (si aún no lo hubieren hecho), que procedan a aceptar el traslado y consecuente afiliación de EPS-S al señor Carlos Humberto Pabón Bohórquez, continúen prestando los servicios médicos a aquél hasta que entre en vigencia el contrato con la nueva EPS-S que escoja dentro de las opciones ofrecidas por el Distrito, realizando el respectivo acompañamiento en el trámite correspondiente, en el asunto radicado bajo el número T-2441760.

TERCERO.- Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, el 10 de agosto de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada por la joven Luisa Lorena Quintero Arciniegas.

CUARTO.- Declarar la carencia actual de objeto, por configurarse un hecho superado, en los términos explicados en la parte considerativa de esta sentencia, en el asunto radicado bajo el número T-2431452

QUINTO.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En Sentencia T-201 de 2009 de esta Corporación, al respecto se señala: “Esta Corporación en un amplio estudio contenido en la Sentencia T-760 de 2008, reiteró la abundante jurisprudencia constitucional relacionada con la protección del derecho fundamental a la salud. En dicha providencia se explicó que la Corte ha protegido de tres formas este derecho: (i) en una época fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la carta, asemejando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) advirtiendo su naturaleza fundamental en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración de sujetos de especial protección, (como niños, discapacitados, ancianos¹, entre otros); (iii) argumentando 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, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cual sea la persona que lo requiera.”

2 En cuanto a la protección del derecho fundamental a la salud y el principio de continuidad en la prestación del servicio, se siguen las mismas consideraciones desarrolladas en la sentencia T- 035 de 2010 proferida por esta misma sala de revisión.

3 El artículo 2° de la ley 100 de 1993, define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma en que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

“a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...)

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; (...)

4 Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007

5 Al respecto, es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007 donde esta corporación señala: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.”

6 Relacionadas con el principio de continuidad en la prestación del servicio, entre muchas otras, pueden verse las Sentencias: T-059 de 1997, T-515 de 2000, T-746 de 2002, C-800 de 2003, T-685 de 2004, T-858 de 2004, T-875 de 2004, T-143 de 2005, T-305 de 2005, T-306 de 2005, T-464 de 2005, T-508 de 2005, T-568 de 2005, T-802 de 2005, T-842 de 2005, T-1027 de 2005, T-1105 de 2005, T-1301 de 2005, T-764 de 2006, T-662 de 2007, T-690 A de 2007, T-807 de 2007, T-970 de 2007 y T-1083 de 2007.

7 Son varios los casos en donde se ha tomado esta decisión. En ellos se ha señalado que una

relación jurídica es la que supone la prestación del servicio de salud, el cual debe mantenerse en virtud del principio de continuidad, y otra la relación contractual entre la EPS y el empleador, de carácter dinerario, que en caso de incumplimiento da lugar a las diferentes medidas jurídicas orientadas al cobro. Entre otras, pueden verse las sentencias: T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997; T-154 A de 1995 y T-158 de 1997; T-072 de 1997 y T-202 de 1997. Recientemente se dijo al respecto en la sentencia T-360 de 2001: “De la jurisprudencia citada se observa, que si bien existe una obligación directa a cargo del patrono que incumple con su obligación legal de pagar en forma oportuna los aportes de sus empleados por concepto de salud, también lo es, que dicha obligación no exonera en forma total a la EPS de atender a los afiliados o a sus beneficiarios, en el evento de que requieran atención en salud, con fundamento en los principios de continuidad de los servicios públicos y del derecho irrenunciable a la seguridad social (CP. Arts. 48 y 49). Adicionalmente, como se vio, las EPS disponen por ministerio de la ley, de mecanismos para repetir en contra de los patronos incumplidos por los costos en que incurran en la prestación de servicios médicos o suministro de medicamentos.”

8 En la sentencia T-281 de 1996 se ordenó al I.S.S. practicar una operación a una persona, a pesar de que ya no estaba afiliado, pues mientras se terminaban los trámites administrativos para llevar a cabo la intervención quirúrgica, había sido desvinculado unilateralmente de su trabajo.

9 En la sentencia T-396 de 1999 se ordenó al I.S.S. culminar un tratamiento quirúrgico en el sistema óseo, a pesar de que la persona había alcanzado su mayoría de edad y en consecuencia había perdido el derecho a la pensión de sobreviviente por la muerte de su padre, razón por la que era atendida por el I.S.S.

10 En la sentencia T-730 de 1999 se ordenó a una EPS continuar prestándole el servicio médico que se le venía dando a una mujer embarazada, a quien se le había suspendido el servicio en razón a que una norma reglamentaria (D.824 de 1988) disponía que por su condición laboral y su relación familiar con su patrón, ella no podía haber sido afiliada por él.

11 En la sentencia T-1029 de 2000 se decidió que en virtud del principio de continuidad que rige el servicio de salud, una EPS está obligada a atender a un afiliado nuevo desde el primer

día del traslado, incluso cuando el empleador no ha cancelado aún los aportes a la nueva entidad.

12 En la sentencia T-636 de 2001 se decidió que era necesario suministrar bolsas de colostomía a una persona (bolsas externas al cuerpo para recoger materias fecales), en el interregno entre dos operaciones, por considerar que hacían parte del tratamiento y en esa medida, no darlas implicaba suspender la continuidad del mismo.

13 Corte Constitucional Sentencia C-800 de 2003

14 En la sentencia T-406 de 1993 se consideró que “Quien contrata con el Estado aunque no sea directamente el responsable de la prestación médico asistencial, tiene la obligación de cumplir el contrato en toda circunstancia y no puede alegar la excepción de contrato no cumplido (Artículo 1.609 del Código Civil), o abstenerse de cumplir en virtud de disposiciones especiales (Decreto 2665 de 1988), para sustraerse del cumplimiento de la prestación obligada. || Este principio tiene excepciones, cuando el incumplimiento obedezca a fuerza mayor, a acontecimientos irresistibles o insuperables por el contratante que tornen absolutamente imposible la ejecución del contrato.” En la sentencia T-829 de 1999 se consideró que el tratamiento debe continuar hasta tanto no se aleje de la persona el peligro de muerte.

15 Sentencia T-111 de 2004.

16 En el régimen contributivo

17 En el régimen subsidiado

18 De entrega de medicamentos, citas con especialistas o intervenciones quirúrgicas a que haya lugar.

19 “De la regulación de la libre escogencia en Entidades Promotoras e Instituciones Prestadoras”

20 Al respecto, en la Sentencia T- 1229 de 2008 se señaló: “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 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 afiliados.”

21 Sentencia T-011 de 2004.

23 Artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 numeral 5.

24 Artículos 42 del Decreto 1406 de 1999; 54 del Decreto 806 de 1998 y 40 del Decreto 1406 de 1999.

25 Decreto 47 del 2000, artículo 16. Artículo 55, Decreto 806 de 1998 y artículo 42, Decreto 1406 de 1999.

26 Decreto 1406 de 1999, artículo 44.

27 Artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 numeral 9º.

28 Decreto 1406 de 1999, artículo 44 párrafo 2º y artículo 1º del Decreto 1725 de 1999.

29 Artículo 43 del Decreto 1406 de 1999 y Decreto 2400 de 20002 artículo 2º.

30 El artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, es muy claro al señalar como prácticas no autorizadas para las EPS., aquellas que afecten la libre escogencia del afiliado, como la implementación de procedimientos o mecanismos de discriminación; por causa del estado previo, actual o potencial de salud del usuario; por no prestar los servicios de salud o negar la afiliación del particular aún cuando éste asegure el pago de las cotizaciones o subsidios correspondientes, salvo que se demuestre la mala fe del usuario, por el uso indebido del

SGSSS en anteriores ocasiones, etc.

31 Corte Constitucional. Sentencia T-675 de 2007.

32 Corte Constitucional. Sentencia T-515 de 2007.

33 Por expresa prohibición del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991

34 Sobre el particular, esta Corporación en Sentencia T-722 de 2003 precisó: “i.) Así, pues, cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia, tal como se hará en el caso sub-examine.

ii.) Por su parte, cuando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de esta Corporación, de conformidad con la jurisprudencia reciente, consistirá en revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna. (subrayado fuera del texto)

“Por lo tanto, el fallo de segunda instancia acorde a las pruebas y situaciones obrantes en el expediente para esa oportunidad ha debido proteger los derechos del actor que efectivamente estaban siendo vulnerados, razón por la cual se procederá a revocar el fallo de segunda instancia. No se impartirá orden alguna para restablecer los derechos del actor, sólo por cuanto de las pruebas solicitadas por esta Corporación se infiere que la vulneración de los derechos del actor ha cesado al superarse el hecho que dio origen a la presente acción de tutela. De impartirse alguna orden, esta no tendría efecto...”.

35 Cuaderno principal de revisión folios 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17