

Sentencia T-205/08

TRASLADO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Caso en que a la demandante se le negó argumentando la existencia de una circular que no permite el traslado de la EPS del ISS a otra EPS

LEGITIMACION EN LA CAUSA PARA PRESENTAR IMPUGNACION DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA-El hijo de la demandante sí se encontraba legitimado para impugnar la sentencia de primera instancia debido al estado de salud

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Caso en que no existe razón que justifique negativa de la EPS del Seguro Social para impedir traslado a EPS Sanitas

El ejercicio del derecho a la “libre escogencia” se encuentra sometido al cumplimiento de las condiciones previstas en el párrafo anterior, es decir cuando el usuario se vea perjudicado en su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado por medio de una oferta, promesa, compromiso de una determinada red de prestadores y esta no sea cierta podrá cambiar de aseguradora sin importar el tiempo de permanencia. En el evento que el usuario quiera trasladarse voluntariamente de EPS podrá hacerlo a partir de un (1) año de estar afiliado a esa EPS. En consecuencia, por fuera de los requisitos previstos en la citada normatividad, las EPS no deben imponer limitaciones al ejercicio del derecho de “libre escogencia”. Por tanto, dichas entidades no pueden desarrollar conductas o adelantar políticas encaminadas a impedir, restringir o condicionar la voluntad de los usuarios del SGSSS que deseen trasladarse a otra entidad prestadora del Sistema de Salud, cuando cumplan los requisitos normativos. El derecho de libre escogencia tiene como soporte constitucional los derechos fundamentales a la dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal, la libertad individual y el derecho de acceso a la seguridad social. Garantía que de no cumplirse supone el riesgo de imposición de las sanciones previstas en el artículo 230 de la Ley 100 de 1993. En el caso de la demandante están probadas las exigencias normativas para que prospere el traslado de EPS que requiere la accionante, ya que la solicitud se realizó antes del 18 de julio de 2007, como se advierte a donde consta que la EPS Sanitas el 16 de julio de 2007 envió la respectiva solicitud al ISS y a donde se consigna que el ISS el 18 de julio de 2007, contesta que no es viable el traslado en cumplimiento de la

revocatoria de funcionamiento. Por otra parte, sí se presentó y reportó la novedad al Seguro Social 16 de julio de 2007, a partir de esa fecha es que se deben contar el año de permanecía en la EPS Seguro Social. Para la Sala no existe razón alguna que justifique la negativa de la EPS Seguro Social para impedir el traslado a la EPS Sanitas de la accionante, si se tiene en cuenta que de los documentos que integran el expediente, se colige que cumple los requisitos normativos vigentes.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD EN CASO DE TRASLADO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD/DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Traslado de EPS/DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Traslado de EPS no puede suponer la suspensión del servicio médico

ATENCION DOMICILIARIA A MENOR DE EDAD DISCAPACITADO EN CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA/ HOSPITALIZACION DOMICILIARIA A MENOR DE EDAD DISCAPACITADO EN CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA

Referencia: expediente T-1735475

Acción de tutela interpuesta por Leonor Sarmiento contra la EPS del ISS.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Leonor Sarmiento contra la EPS del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES.

La accionante interpuso acción de tutela contra la EPS del ISS por considerar que dicha entidad vulnera sus derechos fundamentales a la salud y a la vida. La vulneración según la actora radica en que la entidad demandada no puede brindarle el servicio que ella requiere para tratar la “ARTROSIS COXOFEMORAL DERECHA” que padece. Por ello quiere trasladarse a otra EPS y el ISS no se lo permite.

Para fundamentar su solicitud de amparo, expuso los siguientes:

1. Hechos.

1. Afirma que se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de la Entidad promotora de Salud del Instituto de Seguros Sociales, desde enero de 1995.

1. Sostiene que en la actualidad cotiza como pensionada y que es una mujer con un delicado estado de salud, toda vez que padece de “ARTROSIS COXOFEMORAL DERECHA”, lo cual le impide una adecuada movilidad. Por el anterior motivo requiere de una atención médica oportuna, eficiente y de calidad que le permita una recuperación exitosa.

1. Considera que los antedichos requisitos no están dados para la atención de su salud en la EPS del ISS; por ello decidió trasladarse a la EPS Sanitas, entidad que según la actora: “cuenta con una red de instituciones y prestadores médicos que se adecuan a mis necesidades, a fin de que fuera la encargada de garantizarme los servicios de salud que requiero”.

“Es así como el pasado 12 de julio, me presenté en una de las oficinas de atención al usuario de la EPS Sanitas y radique formulario de afiliación, junto con todos los documentos que exigen para el ingreso de un cotizante pensionado”.

1. No obstante lo anterior, con posterioridad, la EPS Sanitas le informó que la EPS del ISS no aceptó su traslado argumentando que la circular No. 07077 del 30 de marzo de 2007, de la

Vicepresidencia de la EPS del Seguro Social, establece que los afiliados al ISS no pueden cambiarse a ninguna EPS.

1. Considera que la Ley 100 de 1993, contempla la libre elección de entidades promotoras de salud, permitiendo la movilidad en el régimen contributivo del Sistema de Salud.

Por lo anterior, considera que su situación amerita ser corregida por las autoridades del país y solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la libre elección y movilidad de EPS, a la vida, a la salud y pide se ordene a la EPS del Seguro Social autorizar su traslado a la EPS Sanitas.

2. Contestación de la entidad demandada.

La Jefa de Departamento Comercial de la Seccional Cundinamarca del ISS, mediante escrito de agosto 14 de 2007, se opuso a las pretensiones de la actora, exponiendo que en el caso de ella se verificó: “el aplicativo de Traslados - Egresos del Seguro Social, la EPS SANITAS, no ha notificado a la EPS SEGURO SOCIAL, la intención de traslado de la accionante, según lo establecido en el Decreto 806 de 1998”.

Igualmente informa que: “(...) mediante resolución No. 028 del 15 de enero de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud, decidió revocar el certificado de funcionamiento otorgado al Instituto de Seguros Sociales como entidad Promotora de Salud EPS”.

“De la misma forma con Resolución No. 263 del 26 de marzo de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud, confirmo la resolución No. 028 del 15 de enero de 2007 y resolvió: “... que de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente y con el CONPES 3456 del 15 de enero de 2007, el grupo poblacional afiliado a la EPS del ISS continuará recibiendo de ella los servicios a que tienen derecho hasta tanto se garantice su traslado efectivo a una o varias EPS nuevas o existentes según sea el caso, en los términos del Decreto 055 de 2007 o las normas que lo modifiquen, complementen o adicionen”.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, según la entidad los traslados: “(...) quedaron restringidos, esto es, que las personas afiliadas o beneficiarias de la EPS del ISS, tienen suspendido el derecho a la movilidad dentro del sistema, hasta tanto se dé transito a la

nueva EPS, momento en el cual se les dará un termino de 45 días para que escojan libremente la EPS a la cual quieran afiliarse”.

3. Vinculación de la Superintendencia Nacional de Salud.

El 23 de agosto de 2007, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, de acuerdo con la respuesta aportada por el Instituto del Seguro Social, donde afirmó que mediante Resolución No. 028 del 15 de enero de 2007, la Superintendencia Nacional de salud, revocó el certificado de funcionamiento a dicha EPS por: “virtud de lo cual, quedaron restringidos los traslados de los afiliados a otras Entidades Promotoras de Salud, siendo esta la razón por la que no accedió a la pretensión de la accionante LEONOR SARMIENTO DE LONDOÑO; entonces le asiste interés a la Superintendencia, debiéndose integrarla en el litis consorcio, por cuya razón se ordena correrle traslado del escrito de tutela, por el termino de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de las copias fotostáticas de la demanda de tutela, a través de su director General.¹

El 30 de agosto de 2007, (extemporáneamente), el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, allego al Juzgado único de instancia escrito de respuesta a la vinculación ordenada, manifestando en relación con el caso de la señora Sarmiento lo siguiente:

“... teniendo en cuenta que la EPS ISS fue objeto de revocatoria del certificado de funcionamiento como EPS en virtud de la expedición de la resolución 028 del 15 de enero de 2007, confirmada por la Resolución 263 del 26 de marzo de los corrientes, puede realizar algunas funciones de EPS”.

“Como quiera que dicha resolución fue notificada por edicto desfijado el 18 de julio de 2007 y la decisión se encuentra debidamente ejecutoriada, según concepto emitido por la secretaria Jurídica de la Presidencia de la República con oficio OF107-77470/AUV 13200 del 1º de agosto de la presente anualidad, resulta procedente, aprobar las peticiones de traslado de la EPS que se hayan recibido y no hayan sido resueltas favorablemente hasta el 18 de julio de 2007, siempre que cumplan con la normatividad vigente”.

De la misma forma se refirió al tema de la movilidad de los afiliados de una EPS, a la que se le revoca la autorización de funcionamiento, señalando que según el artículo 4º del Decreto

055 de 2007, la Entidad objeto de revocatoria de autorización de funcionamiento, deberá decidir a cuál o cuáles EPS publicas o en donde el Estado tenga participación, se deben trasladar los afiliados, decisión que deberá adoptar y comunicar a la entidad receptora, en un termino máximo de (4) meses, contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto revocatorio.

En conclusión, para la entidad: "... la escogencia se produce dentro los 45 días calendarios siguientes a la publicación del último aviso de información a los afiliados para ejercer tal derecho. Luego de ello se aplicará el régimen general de permanencia en una EPS durante un año. De esta manera queda en firme en la medida y hasta la publicación del ultimo aviso, no existe posibilidad de traslado o. en otras palabras, se encuentra suspendido el proceso de movilidad".

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia única de instancia.

El 29 de agosto de 2007, el Juzgado Primero Penal Del Circuito de Bogotá, denegó la solicitud de la accionante manifestando que en el caso concreto de la actora: " (...) eventualmente no serían impedimento las Resoluciones 028 y 263 del 15 de enero y 26 de marzo del presente año, proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud, para el traslado de EPS que pretende la accionante LEONOR SARMIENTO DE PINZON, en cambio sí lo es, la omisión del procedimiento previsto por la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 806 de 1998, en la medida en que como lo adujo el Instituto de Seguro Social, la EPS SANITAS no le ha notificado la intención de traslado de la citada tutelante. En consecuencia una vez se cumpla con tal requisito, no debe haber objeción alguna por parte de la entidad demandada, siempre y cuando la accionante cumpla con los requisitos exigidos para la movilidad. Subrayado fuera del texto original.

Agrega el Juzgado, que el tramite de traslado de cualquier afiliado de una EPS a otra, debe ser con sujeción a la normatividad referenciada, so pena de incurrir en las sanciones por desacato a la Ley, lo cual se constituye en razón suficiente para denegar el amparo reclamado.

2. Impugnación.

Insatisfecho con el fallo, el 06 de septiembre de 2007, Juan Manuel Pinzón, actuando en calidad de agente oficioso de su progenitora la señora Leonor Sarmiento de Pinzón, afirmó que su madre fue intervenida quirúrgicamente y por su delicado estado de salud le fue imposible presentarse personalmente para impugnar el fallo. Por ello solicitó que la decisión del Juzgado Primero Penal Del Circuito de Bogotá, fuera revocada y en su lugar se concediera el amparo, ordenando la autorización del traslado de su señora madre a la EPS que esta eligió.

La impugnación la sustentó básicamente señalando que la afirmación hecha por la EPS del Seguro Social respecto de que no se había efectuado la solicitud previa por parte de la EPS Sanitas, no es cierta en la medida que una vez conocido el fallo, procedió a solicitar a la EPS Sanitas certificación de que la entidad haya agotado el servicio, constatándose que la solicitud por parte de esa EPS se efectuó al Seguro Social el 16 de julio de 2007) y la fecha en que la entidad recibió la respuesta del ISS fue el 18 de julio de 2007, adjuntando copia de dicho trámite.

Sostiene que la Superintendencia Nacional de Salud publicó un comunicado de prensa en su página Web, en el cual se señala que: “el instituto de Seguros Sociales debe atender las solicitudes de traslado presentadas por sus usuarios hasta julio 18 de 2007, siempre que se cumplan con los requisitos para el efecto”.

Al respecto afirma que es claro que el traslado de su progenitora fue solicitado antes de la mencionada fecha, como quiera que presentó formulario de afiliación en la EPS Sanitas el 12 de Julio de 2007 y dicha EPS solicitó autorización de traslado al ISS el 16 del mismo mes y año. (Anexa comprobantes).

Recalca que frente a los demás requisitos, su madre cumple con todos los establecidos en la Ley para hacer uso de su derecho a la libre elección, ya que cumple con el periodo mínimo de permanencia, en la medida que es pensionada del Seguro Social y al haber cotizado desde el año de 1995, cuenta con más de un año de afiliación. Adicionalmente, no tiene deuda alguna con la EPS accionada que impida su traslado.

Agrega que resulta “desgastante” para su madre con su delicado estado de salud y a su avanzada edad, que se le trate de confundir bajo falsos argumentos su acceso a otra EPS y no se le permita a un servicio más eficiente y oportuno de salud como considera que es el

ofrecido por la EPS elegida.

III. Pruebas.

Del material probatorio que obra en el expediente, la Sala destaca lo siguiente:

1. Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la accionante (folio 7).

1. Copia de la consulta de información de afiliados en la base de datos única de afiliación al sistema de seguridad social, (folio 8).

1. Certificado calendado del 05 de septiembre de 2007, en el que el representante legal de la EPS Sanitas responde a la accionante que la solicitud de traslado al Seguro Social el (16/07/2007) y la fecha en que la entidad recibió la respuesta del ISS fue el (/18/07/2007) (Folios 30 y 31).

1. Fotocopias de los correos electrónicos sostenidos entre la EPS Sanitas y el Seguro Social, cumpliendo con la solicitud de trámite de traslado entre las dos entidades (folios 32, 33, 36 y 37).

1. Fotocopia del Comunicado de prensa de la Superintendencia Nacional de Salud en el que se indica que el Seguro Social deberá aprobar solicitudes de traslado de sus usuarios, presentadas antes del 18 de julio de 2007, (folio 39).

1. Respuesta a la presente acción de tutela por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, recibido en el Juzgado único de instancia el 30 de agosto de 2007, (folios 41, 42 y 43).

1. Escrito de solicitud de selección del 16 de octubre de 2007, remitido a esta Corporación, en el cual la señora Leonor Sarmiento, solicita la selección del caso, reiterando en su mayoría los argumentos expuestos en el escrito de tutela. Agregando que: “(...) por problemas de salud, no me pude presentar personalmente al Juzgado para interponer el recurso de impugnación por tanto mi hijo Juan Manuel presentó la impugnación a mi nombre, explicando los motivos de la ausencia y explicando que sí se había cumplido con todos los requisitos legales para trasladarse de EPS”.

Anexa hoja de recomendaciones de egreso suscrito por la Clínica Colsanitas S.A., por el cuadro de “...fiebre, escalofrío, malestar general, dolor intenso, calor en la herida, secreción en la herida y enrojecimiento en la herida”. Para lo que se le recomiendan fármacos, y se le ordena “terapia física - deambular con bastón - dieta corriente - hiperproteína...”.

Según la actora además de todos los derechos fundamentales alegados, se le vulneró su derecho al debido proceso, ya que no se le notificó el auto que denegó la impugnación del fallo de primera instancia, y por tanto no pudo interponer los recursos ante dicho Juzgado por la negación de la impugnación (folios 17, 18 y 19 del cuaderno de revisión.)

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar el fallo 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. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

Por lo anterior el 12 de julio de 2007, se acercó a la EPS Sanitas para solicitar el traslado a esa entidad, ya que según ella, en esa entidad si le puede prestar el servicio requerido. Además cumple con todos los requisitos legales trasladarse de EPS, como: permanencia de más de (1) año y estar a paz y salvo por todo concepto con la entidad.

La entidad para negar el traslado, sostiene que la EPS Sanitas a la que la señora Sarmiento quiere trasladarse, no agotó el trámite correspondiente a la solicitud de traslado entre EPS. Y que en la actualidad los traslados de afiliados de la EPS del ISS a otras EPS están restringidos, esto es, que las personas afiliadas o beneficiarias de la EPS del ISS, tienen suspendido el derecho a la movilidad dentro del sistema, hasta tanto se dé transito a la nueva EPS.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, denegó el amparo solicitado exponiendo que la EPS Sanitas no había agotado el trámite de solicitud de traslado ante el ISS, por ello sin perjuicio de la existencia de las Resoluciones que suspenden el traslado de los afiliados del ISS a otra EPS, el amparo no es procedente.

Inconforme con el fallo el hijo de la accionante y ante la imposibilidad de su madre de promover la defensa por cuestiones de salud; en calidad de agente oficioso impugnó la sentencia aportando pruebas de que el trámite sí se adelantó por parte de la EPS Sanitas y que en el caso concreto de su progenitora el traslado es procedente ya que lo solicitó antes del 18 de julio de 2007 fecha en la que quedó ejecutoriada la Resolución que confirmó la revocatoria de la licencia de la EPS del Seguro Social.

El juzgado único de instancia denegó la impugnación considerando que: “como quiera que quien presenta el recurso de apelación contra la Sentencia no tiene ningún interés jurídico para proceder a ello ya que es un a una persona distinta a la accionante, no hay lugar a conceder la impugnación...”.

Presentado el caso, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera la EPS del Instituto del Seguro Social Seccional Cundinamarca, el derecho a la “libre escogencia” de EPS de la señora Leonor Sarmiento de Pinzón, por la negativa de autorizar el traslado de EPS que solicitó el 12 julio de 2007?

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala analizará, si en el caso bajo revisión están dados los supuestos para la agencia de derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa.

Posteriormente, la Sala estudiará la jurisprudencia de esta Corporación relacionada con: (i) el

derecho a la “libre escogencia” de Entidades Promotoras de Salud (EPS); (ii) la continuidad del servicio de salud en los eventos de traslados de (EPS) y por último (iii) la solución del caso concreto

3. Legitimación en la causa para promover la impugnación de la sentencia de primera instancia en el presente caso.

Interpretando el alcance de los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que son titulares de la acción de tutela las personas cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados, por lo que son éstas quienes se encuentran habilitadas para solicitar el amparo constitucional en forma directa o por intermedio de sus representantes o apoderados³. También, en los casos en que los titulares de los derechos violados no están en condiciones de promover su propia defensa, la ley autoriza la agencia oficiosa de derechos ajenos, debiendo el agente manifestar dicha circunstancia ante la autoridad judicial que tiene a su cargo el conocimiento de la acción.

“ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. Subrayado por fuera del texto original.

“También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”. 4

Bajo este entendido, se tiene que, tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional, coinciden en señalar que el titular de la acción de tutela es la persona cuyos derechos han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos definidos por la ley, pudiendo promover el amparo de sus derechos (i) en forma directa, (ii) por medio de un representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos y los interdictos), (iii) a través de un apoderado judicial o (iv) por intermedio de un agente oficioso⁵.

En el caso objeto de revisión el señor Juan Manuel Pinzón manifestó interponer la impugnación del fallo de primera instancia en representación de su progenitora la señora Leonor Sarmiento de Pinzón, manifestando que su madre en ese momento no podía interponer la impugnación de la sentencia, ya que recientemente se le había practicado una intervención quirúrgica y por su delicado estado de salud no podía presentarse personalmente al juzgado para promover su defensa. La Sala encuentra probada esta afirmación con lo aportado por la accionante en sede de revisión en la que consta que por los primeros días del mes de septiembre de 2007, (fecha de interposición de la impugnación), la señora Sarmiento se encontraba en la Clínica Colsanitas y fue atendida por una médica adscrita a esa entidad por el cuadro de: "...fiebre, escalofrío, malestar general, dolor intenso, calor en la herida, secreción en la herida y enrojecimiento en la herida". Para lo que se le recomendó fármacos, y se le ordenó "terapia física - deambular con bastón - dieta corriente - hiperproteína...". 6

Sin embargo, para la Sala surge el cuestionamiento de cual sería la suerte de la presente agencia oficiosa, si no se contara con la prueba médica, es decir si los elementos probatorios fueran los mismos con los que contó el Juez Primero Penal del Circuito de Bogotá para no conceder la impugnación, bajo el argumento de que: "como quiera que quien presenta el recurso de apelación contra la Sentencia no tiene ningún interés jurídico para proceder a ello ya que es una persona distinta a la accionante, no hay lugar a conceder la impugnación. Remítase el cuaderno correspondiente a la Honorable Corte...". Subrayado por fuera del texto original.

Al respecto la Sala recuerda que la señora Sarmiento afirmó padecer "ARTROSIS COXOFEMORAL DERECHA" y la entidad accionada nada objetó al respecto; de la misma forma se cuenta con la fotocopia de la cédula de ciudadanía⁷ de la accionante, de donde se colige que tiene (74) años de edad, lo cual tiene como consecuencia un especial tratamiento al momento de analizar aspectos formales del caso, como la legitimación para interponer una impugnación que está en consonancia con lo solicitado por la actora, como es que se protejan sus derechos fundamentales.

Distinto sería el caso en el que agentes oficiosos renuncien a la tutela de los derechos fundamentales de sus agenciados; eventos en que el rigorismo del juez deberá operar a favor de los derechos de los accionantes.

Los anteriores criterios están respaldados en la jurisprudencia de la Corte, en casos en que los hijos promueven la defensa de los derechos fundamentales de sus padres. Al respecto puede verse la Sentencia T-594/06, en la cual se solicitó la prestación del servicio médico asistencial a cinco (5) adultos mayores, cuyas acciones de tutela fueron presentadas por sus hijos, la Sala consideró:

“Teniendo en cuenta que en los expedientes T-1322556, T-1324968, T-1324978 y T-1324979, quienes instauran las acciones de tutela son los hijos de personas de 71, 79, 93 y 76 años respectivamente, que se encuentran gravemente enfermas y en imposibilidad de ejercer su propia defensa y en el expediente T-1324996 la accionante prefirió instaurar directamente la acción de tutela, las situaciones se ajustan a las prescripciones del artículo 10º del decreto 2591 de 1991, sobre la posibilidad de interponer la acción por sí misma o de agenciar derechos de terceros”.

Bajo el mismo sentido se puede apreciar la Sentencia T-236/00 donde la Corte partió de la mera afirmación del hijo del accionante para estudiar el caso de fondo, así:

“Observa la Sala que la acción de tutela fue instaurada en representación del padre, quien “está muy delicado de salud”, según se afirma en el escrito de tutela, pues padece de cáncer en la próstata, además de que cuenta con 77 años de edad. No se afirma categóricamente que el afectado esté imposibilitado para promover su propia defensa, pero, en aras de salvaguardar el Derecho sustancial según lo ordena el artículo 228 de la Constitución y teniendo en cuenta las circunstancias de edad y salud en que se encuentra el afectado, se procederá al análisis de fondo”.⁸

Para concluir, considerando la anterior línea jurisprudencial, la Corte encuentra legítimo y necesario la agencia de los derechos fundamentales por parte de los hijos de los afectados, cuando los titulares de los mismos no estén en condiciones de promover su propia defensa por razones de salud, edad, etc.

Así, lo consecuente en el presente caso dado que el hijo de la accionante se encuentra legitimado para impugnar la Sentencia de primera instancia, sería pertinente que la Sala dispusiera la devolución del expediente para que se surtiera el trámite de segunda instancia.

No obstante, la Sala ponderando la gravedad de los ingredientes subjetivos del caso por la enfermedad que padece la actora: “ARTROSIS COXOFEMORAL DERECHA” y atendiendo a la avanzada edad de la accionante. Considera necesario aplicar el mandato constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre aspectos formales, ante la necesidad de adoptar medidas impostergables que tiendan a garantizar los derechos fundamentales de la señora Leonor Sarmiento, esta Corte encuentra necesario estudiar definitivamente el caso.

4. El derecho a la “libre escogencia” de Entidades Promotoras de Salud (EPS). Reiteración de jurisprudencia.

4.1. Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana (Art. 1°C.P), y en ejercicio de la libertad y la autonomía, toda persona tiene derecho a tomar aquellas decisiones determinantes para su vida.

Al respecto, la Corte en Sentencia T-881 de 2002, indicó con relación a la dignidad humana, que está vinculada con tres ámbitos exclusivos de la persona natural, que a saber son: “ la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida)”. Subrayado por fuera del texto original.

Sobre la noción jurídica de dignidad humana, en el ámbito de la autonomía personal, en la citada providencia se estimó que es “la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades de Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo”.

Por otra parte, en desarrollo de los postulados constitucionales previstos en los artículos 48 y 49 de la Carta Política, en cuanto a la consagración de la seguridad social y la atención en salud como servicios públicos de carácter obligatorio, que se deben prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y

solidaridad, en los términos que establezca la ley, y la garantía que tienen todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, el legislador fijó por objeto del Sistema de Seguridad Social Integral, garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten⁹.

Dentro de los principios rectores que orientan el SGSSS, cabe destacar el que el legislador llamó de “libre escogencia”, consagrado en el numeral 4° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993:

“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”. (Subrayado fuera del texto original).

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

Así, el artículo 14 del Decreto 1485 de 1994¹⁰ consagra en el numeral 4°, que el derecho a la libre escogencia es la “facultad que tiene un afiliado de escoger entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio”.

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.”

Con relación al derecho de libre escogencia de Entidades Promotoras de Salud, la Corte en

Sentencia T-010 de 2004, consideró:

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

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

Bajo este mismo criterio la Corte en Sentencia T-436 de 2004, consideró que el derecho de libre escogencia goza de una amplia connotación, pues es a la vez: “principio rector del SGSSS, característica del mismo y un derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud”.

4.2. Por otra parte, siguiendo el principio general según el cual dentro de un Estado Social de derecho los derechos y garantías no tienen un carácter absoluto¹¹, el derecho a la “libre escogencia” ha sido objeto de una regulación jurídica que impone el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos para que pueda ejercerse en forma razonable.

De esta manera, en la actualidad el párrafo 1º del artículo 25 de Ley 1122 de 2007, contempla los eventos en el que los usuarios pueden hacer uso de la libre escogencia, así:

“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”.

Como se observa, el ejercicio del derecho a la “libre escogencia” se encuentra sometido al cumplimiento de las condiciones previstas en el parágrafo anterior, es decir cuando el usuario se vea perjudicado en su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado por medio de una oferta, promesa, compromiso de una determinada red de prestadores y esta no sea cierta podrá cambiar de aseguradora sin importar el tiempo de permanencia. En el evento que el usuario quiera trasladarse voluntariamente de EPS podrá hacerlo a partir de un (1) año de estar afiliado a esa EPS.

En consecuencia, por fuera de los requisitos previstos en la citada normatividad, las EPS no deben imponer limitaciones al ejercicio del derecho de “libre escogencia”. Por tanto, dichas entidades no pueden desarrollar conductas o adelantar políticas encaminadas a impedir, restringir o condicionar la voluntad de los usuarios del SGSSS que deseen trasladarse a otra entidad prestadora del Sistema de Salud, cuando cumplan los requisitos normativos.¹²

Ahora, en el caso específico de solicitudes de traslado de personas afiliadas a la EPS del Instituto del Seguro Social, es de tener en cuenta que esta entidad fue objeto de revocatoria del certificado de funcionamiento como EPS, a partir de la expedición de la Resolución 028 del 15 de enero de 2007, confirmada por la Resolución 263 del 26 de marzo del mismo año.

En la medida que la antedicha Resolución 263/07 fue notificada por edicto desfijado el 18 de julio de 2007, la decisión se encuentra debidamente ejecutoriada. ¹³ Por tanto, las solicitudes que se hayan presentado hasta el 18 de julio de 2007, resultan procedentes siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados anteriormente.

En conclusión, el derecho de libre escogencia tiene como soporte constitucional los derechos fundamentales a la dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal, la libertad individual y el derecho de acceso a la seguridad social¹⁴. Garantía que de no cumplirse supone el riesgo de imposición de las sanciones previstas en el artículo 230 de la Ley 100 de 1993.

5. El traslado de una EPS no puede comprometer la continuidad del servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia.

En cuanto a este tema, los artículos 48 y 49 Superiores consagran que la seguridad social y la salud son servicios públicos de carácter obligatorio que se deben prestar en sujeción a los principios de “eficiencia, universalidad y solidaridad”.

Con base a las anteriores normas constitucionales es que la Ley 100 de 1993, en el numeral 9° del artículo 153 consagra como principio rector del SGSSS el de calidad, disponiendo que el sistema debe establecer: “mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional”.

Así mismo, el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999 contempla que el traslado sólo producirá efectos: “a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora”. En consecuencia, la entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad”.

Sobre el particular, la Corte en Sentencia T-1029 de 2000, manifestó lo siguiente:

“(…) la decisión de cambio de Empresa Promotora de Salud no afecta la continuidad del servicio público de salud, como quiera que corresponde prestar la atención médica a la EPS que se retira el trabajador, hasta el día anterior a la vigencia de la nueva relación contractual.”¹⁵

De igual forma, en Sentencia T- 170 de 2002, la Corte señaló los criterios para determinar si son constitucionales los motivos en los que la EPS funda su decisión de interrumpir el servicio

de salud, y en esos términos, precisó que:

“ (...) una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida, la salud y la integridad física de un paciente con base, entre otras, en las siguientes razones: i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos, ii) porque el paciente ya no esté inscrito en la EPS que venía adelantando el tratamiento, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo, iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario, iv) porque la EPS considere que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado, v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad, o vi) porque se trate de un medicamento que no se había suministrado antes, pero que hace parte de un tratamiento que se está adelantando”. Subrayado fuera del texto original.

Además, esta Corte en Sentencia T-993 de 2002, estimó:

“La continuidad del servicio se protege no solamente por el principio de eficiencia. También por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P: “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado.”

Del mismo modo, en Sentencia T-109 de 2003, la Corporación sostuvo que con el fin de amparar los derechos a la salud y a la vida: “las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.”

Con el mismo enfoque, la Corte en Sentencia T-270 de 2005, manifestó con relación al principio de continuidad de los servicios públicos que “sin importar la razón por la que se extingue la vinculación con una EPS., ésta se encuentra obligada a continuar con los tratamientos y procedimientos médicos que ha iniciado hasta su culminación cuando esto sea posible, o hasta cuando la persona adquiera cierta estabilidad en su salud que permita descartar la existencia de algún peligro de muerte. En ese entendido, no se puede presentar

una suspensión abrupta de los servicios frente a un tratamiento iniciado, siempre que con ello se amenacen o vulneren derechos de rango constitucional, o incluso alguno que no goce de tal carácter, pero que se encuentre inescindiblemente vinculado a otro que sí lo tenga. (...) En ese entendido, corresponde a la EPS a la que está afiliada la persona que requiere el servicio, proporcionarle la atención médica hasta el mismo momento en que empieza a operar la nueva relación contractual (...).”

Por otra parte, en la Sentencia T-246 de 2005, la Corte reiteró que la eficiencia en la prestación de los servicios públicos está ligada al principio de continuidad, el cual supone que la prestación del servicio sea ininterrumpida, permanente y constante, luego, a fin de proteger los derechos fundamentales el juez constitucional está en el deber de impedir que controversias de tipo contractual, económico o administrativo permita:

“(...) a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.”¹⁶

Por ende, en virtud de los principios de eficiencia y calidad, las EPS no pueden efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que comprometa la continuidad del servicio de salud, pues, sin importar la razón por la cual se extingue la vinculación con una Entidad Promotora de Salud (EPS), ésta se encuentra obligada a seguir prestando la atención médica.

Lo anterior, debido a que una EPS no puede suspender el servicio de salud, por el traslado de EPS de uno de sus afiliados, por el contrario debe asegurar su continuidad, en el sentido que debe prestar el servicio hasta el día anterior a la entrada en vigencia de la nueva relación contractual.

En conclusión, el traslado de una EPS a otra, no puede suponer la suspensión o interrupción de la prestación de los servicios médicos, por el contrario, siempre se debe asegurar su continuidad, de manera que la atención en salud no se vea interrumpida.

6. Análisis del caso concreto.

6.1. Procede esta Sala a determinar si la EPS del Instituto del Seguro Social Seccional Cundinamarca, ha vulnerado los derechos de “libre escogencia” y dignidad humana, en el

ámbito de la autonomía personal, la libertad individual y el derecho de acceso a la seguridad social de la señora Leonor Sarmiento, por la negativa de la entidad en autorizar el traslado de EPS que solicitó el pasado 12 julio de 2007.

La accionante y su hijo como agente oficioso, sostienen a su favor cumplir con todos los requisitos legales, como: permanencia de más de (1) año y estar a paz y salvo por todo concepto con la entidad. Además considera que se vulneró su derecho al debido proceso, ya que no se le notificó la decisión que denegó la impugnación del fallo de primera instancia.

Por su parte la entidad expone a su favor que la EPS Sanitas a la que la señora Sarmiento quiere trasladarse, no agotó el trámite correspondiente a la solicitud de traslado entre EPS. Y que en la actualidad los traslados de afiliados de la EPS del ISS a otras EPS están restringidos, esto es, que las personas afiliadas o beneficiarias de la EPS del ISS, tienen suspendido el derecho a la movilidad dentro del sistema, hasta tanto se dé transito a la nueva EPS.

6.2. Teniendo en cuenta la jurisprudencia reseñada en la parte considerativa de de esta providencia, la Sala encuentra que el traslado de EPS solicitado por la actora es procedente en la medida que analizado el material probatorio, se encuentra probado que la EPS Sanitas sí agotó el trámite correspondiente de traslado ante el ISS como se desprende de los (folios 32, 33, 36 y 37), correspondientes a la certificación de la EPS Sanitas y los correos electrónicos sostenidos entre las dos entidades referentes al tema del traslado.¹⁷

A folio 36 se lee el correo electrónico elaborado por la dependencia de traslados del ISS donde dice:

“De: trasladosalud@iss.gov.co

Enviado el: Miércoles, 18 de Julio de 2007 09:18 a.m

Para: Traslado Eps

Asunto: Re: SOLICITUD DE TRASLADO 16/07/2007 TEPS-407”

“Buenos días

Esta solicitud no es viable en cumplimiento a la revocatoria licencia de funcionamiento”

De lo anterior se confirma que la EPS Sanitas sí agoto el trámite correspondiente al traslado de la accionante antes del 18 de julio de 2007.

Sin embargo, el ISS agregó que el traslado no era viable por la revocatoria de la licencia de funcionamiento de la EPS del Seguro Social ya que:“(…) mediante resolución No. 028 del 15 de enero de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud, decidió revocar el certificado de funcionamiento otorgado al Instituto de Seguros Sociales como entidad Promotora de Salud EPS”.

“De la misma forma con Resolución No. 263 del 26 de marzo de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud, confirmo la resolución No. 028 del 15 de enero de 2007 y resolvió: “... que de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente y con el CONPES 3456 del 15 de enero de 2007, el grupo poblacional afiliado a la EPS del ISS continuará recibiendo de ella los servicios a que tienen derecho hasta tanto se garantice su traslado efectivo a una o varias EPS nuevas o existentes según sea el caso, en los términos del Decreto 055 de 2007 o las normas que lo modifiquen, complementen o adicionen”.

Por lo anterior según la entidad los traslados: “(...) quedaron restringidos, esto es, que las personas afiliadas o beneficiarias de la EPS del ISS, tienen suspendido el derecho a la movilidad dentro del sistema, hasta tanto se dé transito a la nueva EPS, momento en el cual se les dará un termino de 45 días para que escojan libremente la EPS a la cual quieran afiliarse”. 18

Lo que no advirtió la entidad, estando en la obligación de hacerlo fue la comunicación de la Superintendencia de Salud dirigida a la presidencia del ISS en la que se le informó que: “ Como quiera que dicha resolución fue notificada por edicto desfijado el 18 de julio de 2007 y la decisión se encuentra debidamente ejecutoriada, según concepto emitido por la secretaria Jurídica de la Presidencia de la Republica con oficio OF107-77470/AUV 13200 del 1º de agosto de la presente anualidad, resulta procedente, aprobar las peticiones de traslado de la EPS que se hayan recibido y no hayan sido resueltas favorablemente hasta el 18 de julio de 2007, siempre que cumplan con la normatividad vigente”. 19 Subrayado fuera del texto original.

Por lo expuesto, en el caso de la señora Sarmiento están probadas las exigencias normativas para que prospere el traslado de EPS que requiere la accionante, ya que la solicitud se realizó antes del 18 de julio de 2007, como se advierte a (folio 32) donde consta que la EPS Sanitas el 16 de julio de 2007 envió la respectiva solicitud al ISS y a (folio 36 atrás referenciado) donde se consigna que el ISS el 18 de julio de 2007, contesta que no es viable el traslado en cumplimiento de la revocatoria de funcionamiento.

Por otra parte, sí se presentó y reportó la novedad al Seguro Social 16 de julio de 2007, a partir de esa fecha es que se deben contar el año de permanecía en la EPS Seguro Social.

En cuanto a lo anterior, se encontró en el expediente a (folio 14) la afirmación de la Jefa De Departamento Comercial de la Seccional Cundinamarca, en la que anota la situación de la actora, cuando expresa: “consultadas las bases de datos del seguro social, se logró establecer que la cotizante, se encuentra afiliada a la EPS ISS en calidad de cotizante con aportes en salud desde 2005/08 hasta 2007/07, en calidad de cotizante pensionado. Registra estado actual de afiliación ACTIVA”.

Como resultado de ello, está probado que la señora Leonor Sarmiento ha cumplido con el parágrafo 1º del artículo 25 de la Ley 1122 de 2007, que estipula que: “el traslado voluntario de un usuario podrá hacerse a partir de un año de afiliado a esa EPS...”.

En consecuencia, para la Sala no existe razón alguna que justifique la negativa de la EPS Seguro Social para impedir el traslado a la EPS Sanitas de la accionante, si se tiene en cuenta que de los documentos que integran el expediente, se colige que cumple los requisitos normativos vigentes.

6.3. Con relación al principio de continuidad cabe advertir al Seguro Social que el traslado de EPS no implica la suspensión del servicio médico, por el contrario, debe atender a sus afiliados, en este caso a la señora Leonor Sarmiento hasta que entre en vigencia el contrato con la EPS Sanitas.

6.4. En cuanto al argumento invocado por la actora en el escrito presentado a la Sala de Selección de esta Corporación, sobre el tema de la violación del derecho fundamental al debido proceso por falta de notificación del auto que denegó la impugnación del fallo de primera instancia imposibilitándosele la posibilidad de interponer recursos; al respecto la

Sala advierte que la vulneración no se configura, ya que contra el auto que deniega la impugnación de una sentencia dentro de una acción de tutela, el ordenamiento jurídico no contempla que ante este procedan recursos.

Conforme a todo lo expuesto, es evidente que en el presente caso se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos fundamentales a la libre escogencia, dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal, a la libertad individual y el acceso a la seguridad social de señora Leonor Sarmiento. En consecuencia, se concederá el amparo solicitado ordenando a la entidad accionada, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a aceptar el traslado y consecuente afiliación a la EPS Sanitas de la señora Leonor Sarmiento y continúe prestando los servicios médicos solicitados por la accionante hasta que entre en vigencia el contrato con la EPS Sanitas.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el (29) de agosto de 2007, por el Juzgado Primero Penal Del Circuito de Bogotá, que denegó el amparo solicitado por la señora Leonor Sarmiento.

SEGUNDO.- CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la libre escogencia, a la dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal, la libertad individual y el acceso a la seguridad social de la señora Leonor Sarmiento, por las razones y en los términos de esta Sentencia.

TERCERO.- ORDENAR al I.S.S Seccional Cundinamarca que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a aceptar el traslado y consecuente afiliación a la EPS Sanitas de señora Leonor Sarmiento y continúe prestando los servicios médicos solicitados por la accionante hasta que entre en vigencia el contrato con la EPS Sanitas.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 16.

2 Folio 40.

3 Así, en Sentencia T-899 de 2001, esta Corporación sostuvo que: "...La exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo".

4 Fuente: www.secretariasenado.gov.co

5 Acerca del tema de la agencia oficiosa en tutela pueden consultarse las Sentencias: T-875/99, T-299/01, T-899/01, SU-01023/01, T-294/01, T-531/02 T-641/03, T-645/04, T-681/04, T-435/06, T-629/06, T-172/07, entre muchas otras.

6 Folio 19 del cuaderno de revisión.

7 Folio 7.

8 En cuanto al tema de la agencia oficiosa en la que los hijos promueven la defensa de los derechos fundamentales de sus padres pueden verse las Sentencias: T-1220/04, en la cual también la Corte aplicó la mera presunción de veracidad, para considerar que la agencia oficiosa en el caso concreto se encontraba legítima:

“La Sala considera que las afirmaciones hechas en la demanda por el actor, se encuentran cobijadas por presunción de veracidad, razón por la cual se dará por cierto el hecho que el señor Luís Ángel Tabares Giraldo, no es capaz de valerse por sí mismo, con lo anterior, la Sala concluye que su hijo Ramiro Tabares Bustamante actúa como legítimo agente de los derechos de su padre, razón por la cual deberá conceder lo pedido por quien actúa en nombre de su padre”.

De la misma forma la Sentencia T-1210/04:

“En el presente caso el señor Víctor Manuel Parra instaura la acción de tutela a nombre propio y en representación de su madre Concepción Parra Aguirre, quien cuenta con más de 95 años de edad y que según certificación médica que obra a folio 8 de expediente, por su delicado estado de salud no le es posible valerse por si misma, lo que la imposibilita para ejercer su propia defensa. Por tal motivo, esta situación se ajusta a las prescripciones del artículo 10 del decreto 2591 de 1991, sobre la posibilidad de agenciar derechos ajenos”.

En el mismo sentido la Sentencia T-787/01:

“En el caso que se analiza, quien instaura la acción es el hijo de una persona que se encuentra en delicado estado de salud, y aquél pretende que se protejan los derechos de su madre. Encuentra la Corte que en el presente evento está demostrada la imposibilidad de la afectada para asumir su propia defensa, motivo por el cual se ajusta a las prescripciones del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, sobre la posibilidad de agenciar derechos ajenos.

El mismo criterio fue aplicado en la Sentencia T-149/96, donde la Corte consideró la mera presunción de veracidad de lo afirmado por el hijo de la accionante, para que procediera el análisis de la acción de tutela:

“En el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, Fernando Pico Chacón, agencia los derechos de su progenitora, Leonor Chacón v. de Pico, de lo cual hace mención en la solicitud de amparo, expresando, además, que el motivo por el que ella se encuentra impedida para asumir su propia defensa es su estado de salud.

“La Sala estima que están satisfechos los requerimientos propios de la agencia oficiosa y que, en consecuencia, el hijo puede actuar en interés de la madre quien, como está acreditado, es una persona de la tercera edad, merecedora, por ende, de la especial protección que, a cargo del Estado, la sociedad y la familia, la Carta Política dispone en su artículo 46”.

Subrayados por fuera de los textos originales.

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

11 Sentencia T-011/04.

12 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.

13 La decisión tomada en la Resolución 263/07 se encuentra debidamente ejecutoriada según concepto de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la Republica con oficio Of107-77470/AUV 13200 del 1º de agosto de 2007.

14 Ver sentencia T-436 de 2004

15 Posición reiterada en sentencia T-270 de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis.

16 En el mismos sentido ver las Sentencias T-1210/03, T-262/00, entre otras.

17 “Cabe aclarar que estas autorizaciones se realizan a través del correo electrónico que la misma EPS del Seguro Social ha dispuesto para que las diferentes entidades promotoras de salud realicemos el proceso de movilidad de EPS”. Aclaración hecha por el representante legal de la EPS Sanitas. Folio 30.

18 Folio 13.

19 Folio 42.