

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS

El derecho de “libre escogencia” comporta una garantía conexas 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. Garantía que de no cumplirse supone el riesgo de imposición de las sanciones previstas en el artículo 230 de la mencionada Ley 100 de 1993. Con todo, el derecho a la libre escogencia de IPS no tiene carácter absoluto en nuestro Estado Social de Derecho, pues si bien el afiliado al SGSSS puede escoger la institución prestadora del servicio de salud, la misma debe ser elegida dentro de las opciones ofrecidas por la respectiva EPS, esto es, las IPS que exista contrato o convenio vigente. Así pues, las entidades promotoras de salud deben garantizar a los afiliados la posibilidad de escoger la entidad que se encargará de la prestación de los servicios que integran el plan obligatorio de salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la EPS debe tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios, IPS, salvo cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditada ante la Superintendencia Nacional de Salud. Los afiliados al SGSSS tienen el derecho de escoger la entidad que se encargará de la prestación de los servicios de salud, así como la IPS, siempre y cuando ello sea posible según las condiciones de oferta del servicio, limitadas tan sólo en dos sentidos: en términos normativos, por la regulación aplicable; y en términos fácticos, por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes, esto es, por ejemplo, en el marco de los contratos o convenios suscritos por las EPS.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Libertad para suscribir convenios con instituciones de salud

La Corte ha explicado que las EPS tienen la libertad de decidir con cuáles IPS celebran convenios o contratos, teniendo en cuenta para ello la clase de servicios que vayan a ofrecer, lo cual implica para los afiliados el derecho de escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) dentro de las ofrecidas por aquellas. Además, ha precisado que los afiliados deben acogerse a las IPS que sean remitidos para la atención de la salud, aunque

prefieran otra carente de contrato, siempre y cuando en la IPS receptora se brinde una prestación integral del servicio.

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS-Casos en que negativa del traslado puede implicar vulneración de derechos fundamentales

Aunque la negativa al traslado de una IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio, o se presta una inadecuada atención médica o de inferior calidad a la ofrecida por la otra IPS, y ello causa en el usuario el deterioro de su estado de salud, el juez de tutela podría conceder el amparo mediante tutela. En efecto, no hay que perder de vista que el afiliado tiene derecho a mantener cierta estabilidad en las condiciones de prestación del servicio a cargo de la IPS, y que es éste, dentro de la pluralidad de ofertas que las EPS han de brindar, quien en últimas tiene la potestad de decidir en cuál institución recibe el servicio. Advierte la Sala que en este caso no se trata de uno de aquellos eventos donde el actor, de manera antojadiza exige cambio de IPS en razón a que sus preferencias se inclinan por otra institución, sino que, sin existir razón justificada, la EPS ordenó un cambio intempestivo de IPS para continuar con los procedimientos de Hemodiálisis que se le habían ordenado, lo que por demás parece haber repercutido en el deterioro de su estado de salud según se advierte de las pruebas aportadas al proceso ya mencionadas. Y como quiera que existe otra opción de IPS, que puede ser escogida por el paciente, su pretensión de traslado resulta plenamente legítima.

ACCION DE TUTELA-Carga probatoria es más exigente para los demandados

El derecho de libre escogencia, tanto de EPS como de IPS, como garantía conexa para asegurar el derecho fundamental de acceso a la seguridad social, servicio de salud que debe prestarse en condiciones de eficiencia y calidad, incluye también el derecho de los usuarios a mantener cierta estabilidad en las condiciones en que se practicarán los tratamientos y procedimientos delicados ordenados para las enfermedades de alto costo. Por lo tanto, una empresa promotora de salud debe procurar a sus afiliados y beneficiarios la permanencia en la IPS que atiende los procedimientos y tratamientos ordenados para esta clase de enfermedades, de tal manera que sólo cuando no sea posible mantenerla, dadas por ejemplo las condiciones de oferta de servicios, estará autorizada para disponer un traslado de manera

excepcional. Y aunque, como lo ha considerado esta Corporación, la negativa al traslado de una IPS a otra por sí sola no implica la vulneración de derechos fundamentales, en el asunto sometido a revisión es procedente la intervención del juez constitucional porque el derecho comprometido adquiere esa relevancia en forma autónoma y de manera subjetiva. En efecto, el derecho a escoger libremente la IPS que atenderá el tratamiento médico prescrito le ha sido reconocido al actor por pertenecer al sistema, y se subjetiviza cuando las condiciones fácticas descritas demuestran la procedencia del traslado. Así pues, el cambio intempestivo de IPS, sin razón justificada por parte de la empresa, para la continuación de un procedimiento ya iniciado y relacionado con una enfermedad de alto costo, como lo es la práctica de Hemodiálisis para los pacientes con Insuficiencia Renal Crónica, adquiere el carácter de fundamental cuando tiene repercusiones en el estado de salud del paciente, y existe otra opción válida que puede ser escogida por el afiliado; en estos casos dada la gravedad y complejidad, se requiere cierta estabilidad en la IPS que adelanta los procedimientos médicos.

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS-Vulneración de derechos fundamentales en caso de procedimiento de hemodiálisis

Tratándose de la orden injustificada de traslado de IPS para continuar las prácticas de la Hemodiálisis ordenadas al señor, ante la negación a que se continúe prestando tal servicio, sin razón alguna, en la IPS que las inició, existiendo las condiciones de oferta de servicios bien puede escoger libremente la IPS que debe atender el procedimiento de Hemodiálisis que se le ordenó y le debe ser practicado regularmente. Por lo tanto, la determinación de la EPS SALUDCOOP Seccional Cali, de ordenar de manera intempestiva, inconsulta y sin justificación alguna de trasladarlo de IPS, vulnera sus derechos a la salud y la seguridad social.

Referencia: expediente T-1001709

Acción de tutela instaurada por Gloria Amparo Rodríguez Meza en representación de José de Jesús Rodríguez contra la EPS SALUDCOOP Seccional Cali.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil cinco (2005).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por Gloria Amparo Rodríguez Mesa, en representación de su padre, el señor José de Jesús Rodríguez, contra la EPS SALUDCOOP Seccional Cali.

I. ANTECEDENTES.

La señora Gloria Amparo Rodríguez Mesa interpuso acción de tutela contra la EPS SALUDCOOP Seccional Cali, por considerar vulnerados los derechos a la vida, a la seguridad social y a la salud de su padre José de Jesús Rodríguez. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos.

a. El señor José Rodríguez está afiliado a la EPS SALUDCOOP, en el Régimen Subsidiado, como beneficiario desde el 13 de septiembre de 1999.

a. El señor José Rodríguez tiene 56 años y le fue diagnosticada Insuficiencia Renal Crónica Terminal (IRC), secundaria a una Hipertensión Arterial.

a. Afirma que su progenitor fue atendido en un principio en la unidad renal “SERVICIO DE TERAPIA RENAL CRUZ ROJA LTDA”, desde el 19 de abril de 2001, en la terapia de Hemodiálisis y todo lo relacionado con su IRC.

a. La EPS SALUDCOOP ordenó que el señor José Rodríguez fuera trasladado de Unidad Renal a la Ciudad de Cali, llamada “FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA” o “UNIDAD RENAL CIUDAD DE CALI”. Verbalmente se manifestó el descontento con tal determinación pero Saludcoop EPS adujo que había terminado el contrato con la Unidad Renal Cruz Roja, dándose cuenta posteriormente que el contrato sigue vigente, pues a la fecha se encuentran tres personas en Hemodiálisis y alrededor de 20 pacientes en Diálisis Peritoneal.

a. Asegura que la atención brindada a su padre en la Unidad Renal Ciudad de Cali ha sido deficiente por las siguientes razones: el señor José Rodríguez pesaba 53 kilos cuando era atendido en la unidad renal Servicio de Terapia Renal Cruz Roja Ltda., y con posterioridad al traslado de IPS, bajó su peso a 49 kilos; la hemoglobina que en un comienzo estaba en 12.4 g/dl disminuyó a 9.34 g/dl; sufrió deficiencia cardíaca y disnea, las cuales según la accionante nunca soportó “mientras estuvo en la Cruz Roja”, a tal punto que hasta la fecha lo tienen con oxígeno domiciliario. Además, en más de una ocasión se le infectaron los catéteres que allí le han puesto, “...mientras que en la Cruz Roja estaba siendo dializado por su Fístula Arterio-Venosa, como consta en la Epicrisis de Servicio de Terapia Renal Cruz Roja LTDA, donde era valorado por el Nefrólogo...”.

a. Expresa que le han negado el derecho a la libre elección de IPS, “pues aunque lleva afiliado a la EPS desde el año 1999 y aunque ambas entidades están con contrato vigente con la EPS, SALUDCOOP decide arbitrariamente enviarlo a la Unidad Renal Ciudad de Cali, a pesar de las quejas expuestas”.

Por todo lo anterior, solicita que se ordene a la EPS SALUDCOOP reanudar la atención médica en la Unidad Renal Servicio de Terapia Renal Cruz Roja Ltda., para que allí se realice el tratamiento de Hemodiálisis, garantizando la atención integral.

2. Respuesta del ente demandado.

La señora Beatriz Vallecilla Ortega, actuando en su condición de Gerente de SALUDCOOP

EPS, Regional Occidente, solicita que se deniegue el amparo. Considera que la entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del señor José de Jesús Rodríguez, pues se le ha brindado los tratamientos, medicamentos y demás prestaciones contenidas dentro del POS.

Señala que la presente acción de tutela debe dirigirse contra Fosyga- Ministerio de Salud, pues la entidad ha cumplido las normas y compromisos adquiridos con el señor José Rodríguez.

3. Pruebas.

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

- Fotocopia simple de la cédula de ciudadanía del señor José de Jesús Rodríguez, en la cual consta que nació el 20 de diciembre de 1947, contando en la actualidad con 58 años de edad (folio 1 cuaderno original).
- Fotocopia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Gloria Amparo Rodríguez Meza (folio 1 cuaderno original).
- Fotocopia simple de la formula mensual de Hemodiálisis expedida por la Unidad Renal Ciudad de Cali, de fecha 3 de julio de 2004, en la que consta que el señor José estuvo descompensado por ICC, que presentó sépsis por catéter y pesaba 53 kilos. Además, contempla que le es practicado el procedimiento denominado Hemodiálisis tres veces por semana (folios 2 cuaderno original).
- Fotocopia simple de los resultados de un examen de laboratorio realizado al señor José Rodríguez, el 8 de julio de 2004, en la Unidad Renal Ciudad de Cali (folio 3 cuaderno original).
- Original de los resultados de un examen de laboratorio realizado al señor José Rodríguez, el 15 de julio de 2004, en la Sucursal Cali Clínica (folio 4 y 5 del cuaderno original).
- Original de la Historia Clínica del señor José de Jesús Rodríguez, emitida por emergencia médica integral (emi), de fecha 18 de julio de 2004, en la cual consta que padece insuficiencia renal crónica la cual es tratada con Hemodiálisis y que desarrolló

episodios de disnea (folio 6 del cuaderno original).

- Original de los resultados de un examen de laboratorio realizado al señor José Rodríguez, el 26 de julio de 2004, en la Sucursal Cali Clínica (folio 8 cuaderno original).

- Original de los resultados de un examen de laboratorio realizado al señor José Rodríguez, el 26 de julio de 2004, en la Clínica SALUDCOOP Seccional Cali (folio 9 del cuaderno original)

- Original de Epicrisis del señor José de Jesús Rodríguez expedido por la Unidad Renal Servicio de Terapia Renal Cruz Roja Ltda., de fecha 2 de agosto de 2004, en la que se consagra que el señor José estaba libre de síntomas relacionados con uremia y toleraba bien sus sesiones de diálisis. Además se concluye: “Clínicamente sin novedades, permanece normotenso, con anemia leve, con remodelado óseo alto, bien nutrido. Se hemodializa 3 veces por semana durante 4 horas por sesión a través de un AVG de flujo optimo usando un PSN 140 con 500 ml de Qd. Debe continuar en terapia regular de hemodiálisis en una unidad no RTS” (folio 10 y 11 del cuaderno original).

- Fotocopia simple de los resultados de un examen de laboratorio realizado al Señor José Rodríguez, el 10 de agosto de 2004, en la Unidad Renal Ciudad de Cali (folio 12 del cuaderno original).

- Original de Consulta Médica Valoración Mensual HD llevada a cabo el 24 de agosto de 2004 en la Unidad Renal de Ciudad de Cali, en la que se consagra que el señor José Rodríguez pesaba 61 kilos y presentaba un “Dolor y edema en miembro inferior derecho (...) asociado a trauma vascular por presencia de catéter venoso femoral derecho (...). El catéter yugular interno derecho de poliuretano fue extraído (...) debido a sépsis por pseudomona sin respuesta a terapia antibiótica. El nefrólogo (...) intento ubicar un catéter yugular interno derecho, canulando la vena mencionada pero la guía de alambre no pasó libremente por lo cual el día de hoy no dispone de acceso vascular para hemodiálisis” (folio 13 y 14 del cuaderno original).

- Fotocopia simple de Consulta Médica Valoración Mensual HD efectuada el 30 de agosto de 2004 en la Unidad Renal Ciudad de Cali, en la cual consta que pesaba 61kilos y que “Venía estable en el tratamiento de diálisis y presentó sépsis relacionada con el catéter. Fue

necesario retirar el catéter yugular e incluir diálisis por vía femoral. Igualmente presentó descompensación por ICC y ha presentado disnea de pequeños esfuerzos” (folio 17 cuaderno original).

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Del presente asunto conoció el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Cali, quien en providencia del 24 de septiembre de 2004 denegó el amparo solicitado, al considerar que no aparece demostrada la existencia de un nexo de causalidad entre el traslado de la Unidad Renal Ciudad de Cali, ordenado por la EPS accionada, y el deterioro del estado de salud del señor José de Jesús Rodríguez. Así mismo, indica que la ley prevé un procedimiento especial para este tipo de situaciones en las que existe inconformidad del afiliado con la prestación de los servicios de salud, cual es el previsto en el artículo 188 de la Ley 100 de 1993, consistente en presentar una reclamación ante el Comité Técnico Científico que designe la entidad de salud a la cual este afiliado y en caso de inconformidad solicitar un nuevo concepto por un comité similar.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del 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. Problema jurídico.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a la Sala establecer si la EPS SALUDCOOP desconoce los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la salud del señor José de Jesús Rodríguez, por no atender su derecho a la libre escogencia de IPS, al ordenar que fuera atendido en la Unidad Renal Ciudad de Cali, y no en la Unidad Renal “SERVICIO DE TERAPIA RENAL CRUZ ROJA LTDA”, que venía atendiendo el procedimiento.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala analizará previamente si en el caso bajo revisión están dados los supuestos para el ejercicio de la acción de tutela por

medio de agente oficioso.

3. Requisitos para actuar como agente oficioso en el trámite de la acción de tutela.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona que considere que le han violado o amenazado sus derechos fundamentales, quien podrá actuar directamente o a través de representante. Pero la norma contempla, además, la figura de la agencia oficiosa al establecer:

“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.”

Al respecto, esta Corporación ha señalado que la agencia oficiosa es procedente cuando se afirme que se actúa como tal y este probado que el representado está en imposibilidad de promover por sí mismo la acción de tutela y en consecuencia su defensa².

En el caso objeto de revisión la señora Gloria Amparo Rodríguez Mesa manifestó actuar en representación de su padre José de Jesús Rodríguez (folio 19), y está probado (folio 2 y 6) que el señor José sufre una enfermedad catastrófica, insuficiencia renal crónica, que efectivamente le imposibilita ejercer su propia defensa, motivo por el cual en el presente caso la agencia oficiosa resulta procedente.

4. El Principio de libre escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En desarrollo de los postulados constitucionales consagrados en los artículos 48 y 49 de la Carta Política, en cuanto a la consagración de la seguridad social como servicio público de carácter obligatorio, que se prestará 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 de 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 las contingencias que la afecten; y, de manera particular en materia de salud, regular el servicio y crear condiciones

de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Con observancia en tales postulados constitucionales, la Ley 100 de 1993 introdujo como uno de los principios rectores del Sistema el de “libre escogencia”, previsto en el artículo 153 en los siguientes términos:

“(…)4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.” (Subrayado fuera del texto).

En el artículo 156 y en el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, también se consagra que los afiliados al sistema tienen derecho de escoger “las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ellas ofrecidas.”

Así entonces, el derecho de “libre escogencia”, además de una característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud constituye una garantía para los afiliados. Sobre el particular, en la sentencia T-436 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Sala Novena de Revisión consideró que el derecho de la libre escogencia es un elemento que 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”.

En relación con el derecho a la libre escogencia de la entidad que presta el servicio de salud, en Sentencia T-010 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Sala Tercera de Revisión consideró,

“

“2.5. La importancia de esta libertad para el sistema de salud desarrollado por el Legislador,

se evidencia en las disposiciones legales orientadas a asegurar la libertad de elección. En el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, por ejemplo, se establecen entre las garantías de los afiliados, (a) “la libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley” y (b) “la escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.” La propia norma en la que se consagra el principio de libre escogencia contempla las sanciones del artículo 230 de la Ley 100 de 1993 como consecuencia jurídica del incumplimiento.³

“2.6. Ahora bien, como cualquier otro derecho que se garantice en un estado social y democrático de derecho, no se trata de una garantía absoluta. La propia legislación establece que toda persona tiene la libertad de escogencia en el Sistema de Salud, siempre y cuando ello “sea posible según las condiciones de oferta de servicios”. Estas condiciones de oferta del servicio se encuentran limitadas en dos sentidos, en términos normativos por la regulación aplicable y en términos prácticos por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes.

En consecuencia, el derecho de “libre escogencia” comporta una garantía conexas 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 Salud⁴. Garantía que de no cumplirse supone el riesgo de imposición de las sanciones previstas en el artículo 230 de la mencionada Ley 100 de 1993.⁵

Con todo, el derecho a la libre escogencia de IPS no tiene carácter absoluto en nuestro Estado Social de Derecho, pues si bien el afiliado al SGSSS puede escoger la institución prestadora del servicio de salud, la misma debe ser elegida dentro de las opciones ofrecidas por la respectiva EPS, esto es, las IPS que exista contrato o convenio vigente. En efecto, el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 establece que las entidades promotoras de salud tienen entre sus funciones “Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de

enfermedad del afiliado y su familia.” (Subrayado por fuera del texto).

Así pues, las entidades promotoras de salud deben garantizar a los afiliados la posibilidad de escoger la entidad que se encargará de la prestación de los servicios que integran el plan obligatorio de salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la EPS debe tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios, IPS, salvo cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditada ante la Superintendencia Nacional de Salud.⁶

La Corte ha explicado que las EPS tienen la libertad de decidir con cuáles IPS celebran convenios o contratos, teniendo en cuenta para ello la clase de servicios que vayan a ofrecer, lo cual implica para los afiliados el derecho de escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) dentro de las ofrecidas por aquellas. Además, ha precisado que los afiliados deben acogerse a las IPS que sean remitidos para la atención de la salud, aunque prefieran otra carente de contrato, siempre y cuando en la IPS receptora se brinde una prestación integral del servicio. Al respecto en la Sentencia T- 238 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Sala Segunda de Revisión dijo:

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

De igual forma, en la Sentencia T-614 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett, la Sala Séptima de Revisión consideró, que “las Entidades Promotoras de Salud están en libertad de contratar con las entidades que crean convenientes y que estén en capacidad de prestar los servicios requeridos por los usuarios, y no con las preferidas por éstos.” Además, determinó que la “pretensión del demandante, de lograr que la menor Diana Benavides Trejo sea atendida en una entidad específica y por un médico en particular, no puede acceder el juez

de tutela, pues como ya se demostró, el procedimiento requerido por la menor fue ciertamente negado en una primera oportunidad por falta de recursos, pero con posterioridad se ofrecieron alternativas de realización y se le indicó a los interesados, que una vez autorizado el procedimiento quirúrgico, la menor sería remitida a una de las I.P.S. que conforman la Red de Servicios de esa entidad y que esté en capacidad de suministrar este tratamiento.”

Por lo expuesto, esta Corporación concluye que los afiliados al SGSSS tienen el derecho de escoger la entidad que se encargará de la prestación de los servicios de salud, así como la IPS, siempre y cuando ello sea posible según las condiciones de oferta del servicio, limitadas tan sólo en dos sentidos: en términos normativos, por la regulación aplicable; y en términos fácticos, por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes⁷, esto es, por ejemplo, en el marco de los contratos o convenios suscritos por las EPS.

Ahora bien, aunque la negativa al traslado de una IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio, o se presta una inadecuada atención médica o de inferior calidad a la ofrecida por la otra IPS, y ello causa en el usuario el deterioro de su estado de salud, el juez de tutela podría conceder el amparo mediante tutela. En efecto, no hay que perder de vista que el afiliado tiene derecho a mantener cierta estabilidad en las condiciones de prestación del servicio a cargo de la IPS, y que es éste, dentro de la pluralidad de ofertas que las EPS han de brindar, quien en últimas tiene la potestad de decidir en cuál institución recibe el servicio.

6. Caso Concreto.

La presente acción de tutela la interpuso la señora Gloria Amparo Rodríguez Mesa en representación de su padre, el señor José de Jesús Rodríguez, quien padece Insuficiencia Renal Crónica Terminal, por lo que debe ser sometido periódicamente al procedimiento de Hemodiálisis.

Dicho tratamiento inicialmente se realizaba en la unidad renal “SERVICIO DE TERAPIA RENAL CRUZ ROJA LTDA” y luego, por orden de la EPS SALUDCOOP -Seccional Cali-, se le trasladó a la “Unidad Renal Ciudad de Cali”, con lo cual, a juicio de la accionante, se le vulneran a su padre los derechos a la vida, seguridad social y salud, por no atender su derecho a la libre escogencia de IPS, pues además ésta última no es la institución apropiada pues por razón del

traslado se ha deteriorado su estado de salud.

Ha afirmado la accionante que si bien se adujo por parte de la EPS SALUDCOOP que el traslado obedecía a que había terminado el contrato con la Unidad Renal Cruz Roja, posteriormente se dieron cuenta que el contrato sigue vigente, "...pues a la fecha se encuentran tres personas en Hemodiálisis y alrededor de 20 pacientes en Diálisis Peritoneal, que es una modalidad similar a la Hemodiálisis".

"Es de informarle al despacho que el usuario se encuentra con derechos plenos para que sea oportunamente atendido y se le pueda dar autorización de todos los servicios que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud, así que por favor le solicito al despacho que se le informe al accionante para que se acerque a nuestras dependencias principales ubicadas en la Calle 37 Nte No. 4n - 22 de Cali, para que reclame las autorizaciones respectivas y las cuales son necesarias para el tratamiento que requiera el accionante".

De las pruebas que obran en el expediente también se aprecia que, después del traslado de IPS, a la Unidad Renal Ciudad de Cali, el señor José Rodríguez presentó una serie de complicaciones en su estado de salud. Según advirtió la accionante, su padre "Venía estable en el tratamiento de diálisis y presentó sépsis relacionada con el cateter. Fue necesario retirar el cateter yugular e iniciar diálisis por vía femoral. Igualmente presentó descompensación por ICC y ha presentado disnea de pequeños esfuerzos. No otras molestias relacionadas" (folio 17).

La peticionaria también afirma que la EPS SALUDCOOP todavía tiene contrato con la Unidad Renal Cruz Roja, "...pues a la fecha se encuentran tres personas en hemodiálisis y alrededor de 20 pacientes en Diálisis Peritoneal...". Y es claro que al responder la demanda de tutela la empresa no desvirtuó tal afirmación sino que por el contrario guardó absoluto silencio; y tampoco expresó la razón o motivo del traslado de IPS del señor Rodríguez para el procedimiento de Hemodiálisis que le fuera ordenado e iniciado en otra IPS.

Pues bien, con respecto a la carga probatoria que en el trámite de la acción de tutela corresponde a lo demandados, ha considerado esta Corporación que es más exigente que para los actores. Así, en la Sentencia T-596 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, la

Sala Tercera de Revisión sostuvo:

“(…)

La carga probatoria en el trámite de la acción de tutela, es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta acción y del principio de que quien puede probar tiene la carga de hacerlo. Este principio, alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados. A los accionantes en una acción de tutela se les exige que relaten de manera clara los hechos generadores de la vulneración de los derechos fundamentales, y de ser posible, que aporten las pruebas que tengan a su disposición. Es a los demandados a quienes les corresponde, en los informes que les pide el juez, desvirtuar la veracidad de los hechos alegados por los accionantes, llegando al punto de que si no se pronuncian sobre éstos, se presumirán ciertos.”

Así las cosas, advierte la Sala que en este caso no se trata de uno de aquellos eventos donde el actor, de manera antojadiza exige cambio de IPS en razón a que sus preferencias se inclinan por otra institución, sino que, sin existir razón justificada, la EPS ordenó un cambio intempestivo de IPS para continuar con los procedimientos de Hemodiálisis que se le habían ordenado, lo que por demás parece haber repercutido en el deterioro de su estado de salud según se advierte de las pruebas aportadas al proceso ya mencionadas. Y como quiera que existe otra opción de IPS, que puede ser escogida por el paciente, su pretensión de traslado resulta plenamente legítima.

Cabe recordar que el derecho de libre escogencia, tanto de EPS como de IPS, como garantía conexa para asegurar el derecho fundamental de acceso a la seguridad social, servicio de salud que debe prestarse en condiciones de eficiencia y calidad, incluye también el derecho de los usuarios a mantener cierta estabilidad en las condiciones en que se practicarán los tratamientos y procedimientos delicados ordenados para las enfermedades de alto costo. Por lo tanto, una empresa promotora de salud debe procurar a sus afiliados y beneficiarios la permanencia en la IPS que atiende los procedimientos y tratamientos ordenados para esta clase de enfermedades, de tal manera que sólo cuando no sea posible mantenerla, dadas por ejemplo las condiciones de oferta de servicios, estará autorizada para disponer un traslado de manera excepcional.

Y aunque, como lo ha considerado esta Corporación, la negativa al traslado de una IPS a otra por sí sola no implica la vulneración de derechos fundamentales, en el asunto sometido a revisión es procedente la intervención del juez constitucional porque el derecho comprometido adquiere esa relevancia en forma autónoma y de manera subjetiva⁸. En efecto, el derecho a escoger libremente la IPS que atenderá el tratamiento médico prescrito le ha sido reconocido al actor por pertenecer al sistema, y se subjetiviza cuando las condiciones fácticas descritas demuestran la procedencia del traslado. Así pues, el cambio intempestivo de IPS, sin razón justificada por parte de la empresa, para la continuación de un procedimiento ya iniciado y relacionado con una enfermedad de alto costo, como lo es la práctica de Hemodiálisis para los pacientes con Insuficiencia Renal Crónica, adquiere el carácter de fundamental cuando tiene repercusiones en el estado de salud del paciente, y existe otra opción válida que puede ser escogida por el afiliado; en estos casos dada la gravedad y complejidad, se requiere cierta estabilidad en la IPS que adelanta los procedimientos médicos.

La Corte de tiempo atrás ha reconocido la procedencia de la acción de tutela para solicitar la efectividad de los derechos denominados simplemente prestacionales, sociales o económicos y no contemplados como fundamentales en la Carta, bajo la condición de que su vulneración ponga en duda la efectividad de éstos últimos⁹.

Para estos casos, la jurisprudencia ha establecido unas subreglas¹⁰, como cuando hay un desconocimiento o inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, o cuando se impide el acceso en casos de urgencia a mujeres embarazadas y a niñas y niños menores de un año. Subreglas que resultan meramente enunciativas pues, como también se ha indicado, el derecho a la salud de una persona es afectado cuando puede probarse el incumplimiento en general a las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud.¹¹

Tratándose de la orden injustificada de traslado de IPS para continuar las prácticas de la Hemodiálisis ordenadas al señor Rodríguez, ante la negación a que se continúe prestando tal servicio, sin razón alguna, en la IPS que las inició, existiendo las condiciones de oferta de servicios bien puede el señor Rodríguez escoger libremente la IPS que debe atender el procedimiento de Hemodiálisis que se le ordenó y le debe ser practicado regularmente. Por lo tanto, la determinación de la EPS SALUDCOOP Seccional Cali, de ordenar de manera

intempestiva, inconsulta y sin justificación alguna de trasladarlo de IPS, vulnera sus derechos a la salud y la seguridad social.

Por lo tanto, como la EPS accionada no desvirtuó lo señalado por la accionante, y teniendo la carga de hacerlo, se entenderá que en la actualidad la EPS SALUDCOOP tiene contrato con la Unidad Renal Servicio de terapia Renal Cruz Roja Ltda., a la cual puede acceder el señor José Rodríguez para la atención de la Hemodiálisis que le fue ordenada. En consecuencia se ordenará que el señor José de Jesús Rodríguez sea nuevamente atendido en la Unidad Renal Servicio de Terapia Renal Cruz Roja Ltda., y allí se le realicen las Hemodiálisis y se le suministren los medicamentos y procedimientos médicos que requiera dentro del tratamiento de la Insuficiencia Renal Crónica Terminal.

IV. 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 por el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Cali; y en su lugar, CONCEDER la tutela por los derechos fundamentales invocados por la señora Gloria Amparo Rodríguez en representación de su padre el señor José de Jesús Rodríguez.

SEGUNDO. ORDENAR que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, la EPS SALUDCOOP disponga lo necesario para que el señor José de Jesús Rodríguez sea atendido en la Unidad Renal Servicio de Terapia Renal Cruz Roja Ltda., para la práctica de las Hemodiálisis que le fueron ordenadas, así como que se le suministren todos los medicamentos y procedimientos médicos que requiera dentro del tratamiento de la Insuficiencia Renal Crónica.

TERCERO. Por secretaría General líbrese 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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

2 En este sentido pueden consultarse las Sentencias T-693 de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-061 de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-863 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, T-1135 de 2001, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-452 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-236 de 2000, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

3 Ley 100 de 1993, artículo 230. “Régimen Sancionatorio. La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía. || El certificado de autorización que se les otorgue a las Empresas Promotoras de Salud podrá ser revocado o suspendido por la Superintendencia mediante providencia debidamente motivada, en los siguientes casos: 1. Petición de la Entidad Promotora de Salud; 2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización; 3. Cuando la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de 3 meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de

autorización; 4. Cuando la entidad ejecute practicas de selección adversa; 5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio. || Parágrafo 1. El Gobierno reglamentará los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otros mecanismos aplicables a las entidades promotoras y prestadoras que permitan garantizar la adecuada prestación del servicio de salud a que hace referencia la presente Ley, protegiendo la confianza pública en el sistema. || Parágrafo 2. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.”

4 Sentencia T- 436 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

5 Artículo 230 de la Ley 100 de 1993. “Régimen Sancionatorio. La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

“El certificado de autorización que se les otorgue a las Empresas Promotoras de Salud podrá ser revocado o suspendido por la Superintendencia mediante providencia debidamente motivada, en los siguientes casos:

“1. Petición de la Entidad Promotora de Salud.

“2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización.

“4. Cuando la entidad ejecute practicas de selección adversa.

“5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio.”

6 Decreto 1485 de 1994 “por el cual se regula la organización y funcionamiento de la Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud”.

7 Sentencia T-010 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

8 Ver entre otras sentencias T-828 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-859 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-924 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

9 Ver entre otras sentencias la T-597 de 1993, T-467 de 1994, T-207 de 1995, T-162 de 1996, T-270 de 1997 y T-120 de 1999.

10 Ver Sentencias T-434 de 2004, T-538 de 2004, T-859 de 2003, T-227 de 2003.

11 Sentencia T-538 de 2004.