

{p}

Sentencia T-963/12

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-  
Reiteración de jurisprudencia

La acción de tutela puede ser promovida, entre otros, por los padres de personas con discapacidad mental, en este último evento es preciso tener en cuenta que se pretende salvaguardar los derechos fundamentales de quienes no pueden acceder a la administración de justicia por sus propios medios. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha exigido el cumplimiento de dos requisitos que se enuncian a continuación para la configuración de la agencia oficiosa: “i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio”

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD CON ENFERMO MENTAL-Deber moral de la familia de garantizar su integridad

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Caso en el que se solicita reubicación geográfica de paciente para permitir acompañamiento familiar durante el tratamiento de prestación de servicio de salud

Referencia: expediente T-3571201

Acción de tutela instaurada por Marisol Botero Serna como agente oficiosa de Daniel Guevara Botero contra Servicio Occidental de Salud EPS.

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil doce (2012)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Mauricio González Cuervo y la magistrada María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Manizales, y por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, que resolvieron la acción de tutela promovida por la señora Marisol Botero Serna como agente oficiosa de su hijo Daniel Guevara Botero.

### I. ANTECEDENTES

#### Hechos y acción de tutela interpuesta

La señora Marisol Botero Serna instauró acción de tutela, como agente oficiosa de su hijo Daniel Guevara Botero, contra Servicio Occidental de Salud EPS (en adelante SOS EPS) por considerar que se están vulnerando los derechos a la salud, a la integridad personal y a la seguridad social en conexión con la vida digna. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes hechos:

1. La accionante sostiene que su hijo, de 19 años de edad, padece un trastorno mental grave, deterioro en comportamiento de grado no especificado y sufre de convulsiones por epilepsia.
3. La señora Botero manifiesta que su lugar de residencia es el municipio de Villamaría en Caldas y que debido "(...) a sus escasos recursos económicos, han pasado hasta tres (3) meses, sin poderlo visitar, acción que, afecta no solo a mí, como madre, sino a mi hijo, ya que él sufre las ausencias tan prolongadas de sus padres presentando niveles de tristeza y depresión profunda, así como lo dictamina la psicóloga del hogar donde se encuentra internado Daniel la cual recomienda que debo visitarlo por lo menos cada 15 días.". Igualmente, advierte que debe asumir los costos de los elementos de aseo, vestido, y la remisión de los medicamentos para su hijo hasta Jamundí.
4. La accionante refiere que presentó derecho petición, el trece (13) de enero de dos mil doce (2012), ante la EPS SOS con el propósito de que su hijo fuera trasladado del hogar psiquiátrico "REFUGIO MI CASITA IPS" en Jamundí al nuevo que está funcionado en Manizales. Señala que la EPS contestó su solicitud indicando que ese trámite se debe consultar en el

área de contratación y asignándole una funcionaria para que le informe sobre su caso. Esta última le comunicó que la orden de contratación depende de EPS en Cali.

5. El once (11) de abril de dos mil doce (2012) la accionante envió un nuevo derecho de petición a la EPS solicitando el traslado de su hijo. En esta oportunidad, la EPS respondió que había recibido información sobre la deficiente prestación de los servicios que ofrece el hogar psiquiátrico “REFUGIO MI CASITA” en Jamundí por lo cual no es posible hacer contrato con la sede de Manizales, mientras la institución no garantice una atención con la calidad requerida.

6. En virtud de lo expuesto, la señora Marisol Botero Serna solicita que se amparen los derechos fundamentales de su hijo, y en consecuencia, se ordene el traslado del hogar psiquiátrico “REFUGIO MI CASITA” de Jamundí al que se encuentra ubicado en Manizales. Al respecto, solicita que pueda estar presente en el traslado de su hijo. En caso de que su hijo no pueda ser trasladado solicita “(...) me sean reconocidos los viáticos de transporte, alimentación y hospedaje requeridos para mi esposo y para mi cada 15 días como se recomienda, además pasajes urbanos que requerimos, ya que no conocemos dicho lugar y el tiempo es limitado, debido a la distancia que manejamos entre el municipio de Villamaría, Caldas donde residimos, hasta Jamundí, Valle del Cauca.” .

7. La accionante aportó como pruebas los siguientes documentos:

7.1. Copia de su cédula de ciudadanía (Folio 8).

7.2. Copia de la cédula de ciudadanía de su hijo Daniel Guevara Botero (Folio 9).

7.3 Copia de la respuesta dada por SOS EPS al derecho de petición presentado el trece (13) de enero de dos mil doce (2012), por Marisol Botero Serna (Folio 10).

7.4. Copia del derecho de petición presentado por la señora Marisol Botero Serna a SOS EPS, el once (11) de abril de dos mil doce (2012) (Folio 11).

7.5. Copia de la historia clínica de Daniel Guevara Botero (Folios 13 a 23).

8. El Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Manizales, por auto del diez (10) de mayo de dos mil doce (2012), avocó el conocimiento de la acción de

tutela instaurada contra SOS EPS, y dispuso el traslado de la misma a la accionada para que rindiera informe sobre los hechos que soportan la demanda.

9. Mediante comunicación del veintidós (22) de mayo de dos mil doce (2012), el señor Esnoraldo Guevara Guevara, esposo de la accionante informó al Juzgado lo siguiente: “El pasado viernes 18 de mayo recibimos una llamada de la S.O.S Cali que es la principal, informándonos que nuestro hijo Daniel Guevara Botero sería trasladado de Hogar siquiátrico refugio (sic) mi casita donde se encuentra institucionalizado, para la clínica siquiátrica San José localizada en Yumbo, Valle el día 19 de mayo sábado y que requerían de nuestra presencia, pero lo cual les manifesté que era muy apresurado porque no lo dejaban para el lunes y lo aplazaron para el domingo 20 del mes en curso.

Logré conseguir los recursos al menos para que fuera mi esposa Marisol y pudiera desplazarse el sábado con el fin de conocer el lugar donde trasladarían a mi hijo Daniel; y así fue, como se nos informo de una clínica sin espacios verdes, me manifiesta que es algo parecido a una cárcel con libertad para caminar por los pacillos (sic) para lo cual mi esposa se opuso al traslado de nuestro hijo para ese sitio.”.

Respuesta de la entidad accionada

10. La EPS accionada se abstuvo de pronunciarse en el trámite de la acción de tutela.

Decisión de primera instancia

11. El Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Manizales, en sentencia proferida el veintidós (22) de mayo de dos mil doce (2012), decidió negar el amparo solicitado frente a los derechos a la salud, vida, seguridad social e integridad física. Esto, por cuanto, de una parte, no se puede obligar a la EPS a realizar un contrato con una IPS diferente a las contratadas, solo para la atención de un usuario, y de otra, porque no cumplen los presupuestos jurisprudenciales para acceder al pago del transporte pues no se requiere el acompañamiento en el desplazamiento del paciente sino de viáticos para que la familia pueda visitarlo.

Impugnación

12. La accionante impugnó la decisión de primera instancia, reiteró los argumentos

presentados en la acción de tutela e informó que: “El día 25 de mayo de 2012, me comuniqué telefónicamente, a la clínica San José (...) a donde ah sido trasladado mi hijo Daniel Guevara Botero y la enfermera de turno, me manifiesta que, no ha dormido, y está muy molesto, ya que él no puede desplazarse libremente allí en este lugar, pues es una clínica y no un hogar, que es el sitio donde debe estar él.”. Además, insistió en que se de cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela que concedió el tratamiento integral para la atención médica de su hijo.

#### Decisión de segunda instancia

13. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, mediante sentencia de veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012), confirmó la decisión de primera instancia. Consideró que la entidad demanda ha dispuesto todos los recursos y personal idóneo para la atención especializada en salud que requiere el hijo de la accionante, así como el suministro de los servicios médicos que demanda un tratamiento integral.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### Competencia

1. Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela seleccionados.

#### Problema jurídico

2. Para resolver el problema planteado en esta oportunidad la Sala precisa que no puede darle alcance, modificar o interpretar las órdenes que fueron emitidas en virtud de la sentencia proferida el veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011) por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de control de Garantías de Manizales, la cual no es objeto de revisión en el presente trámite. Si la accionante considera que no se cumple con alguno de los aspectos que fueron decididos mediante esa providencia judicial, lo procedente es verificar el cumplimiento del fallo<sup>2</sup> o intentar un incidente de desacato<sup>3</sup> con el juez de primera instancia en ese proceso.

En tal sentido, corresponde a la Sala definir si se vulneran los derechos fundamentales del hijo de la accionante a la salud, a la seguridad social, a la vida e integridad personal con la

decisión de la EPS de trasladar a su hijo a un lugar distinto al solicitado por ella. Igualmente, deberá establecerse si ante la ubicación del hijo en un lugar distante a la residencia de los padres la EPS debe suministrar a aquellos el transporte y viáticos para que puedan visitar periódicamente a su hijo en el lugar donde se encuentre internado.

Para abordar el estudio del problema descrito, la Sala reiterará los requisitos para ejercer la agencia oficiosa y el alcance del principio de solidaridad y la participación de la familia en la rehabilitación de los discapacitados mentales.

Legitimación por activa. Reiteración de jurisprudencia sobre los requisitos para ejercer la agencia oficiosa<sup>4</sup>.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Carta Política la acción de tutela se podrá promover en nombre propio o en representación de otros, en los siguientes términos: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”

En desarrollo de la reglamentación de la acción de tutela el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, estableció las condiciones de la legitimidad para actuar así: “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. // También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”<sup>5</sup>

Por su parte, la Corte Constitucional ha advertido sobre la legitimidad por activa para interponer acción de tutela las siguientes modalidades: “(i) la acción directa por parte del afectado, (ii) el ejercicio de la acción a través de representantes legales (para menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), (iii) el ejercicio de este mecanismo de protección por medio de apoderado judicial, y (iv) la interposición de la acción de tutela por parte de un agente oficioso. // Ahora bien, la configuración de la agencia

oficiosa se halla en principios constitucionales, entre los que se encuentran, i) la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.), cuyo objetivo principal es hacer efectiva la protección de los derechos de las personas e impedir se presenten circunstancias y requisitos superfluos; ii) el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2º C.P.), el cual vincula tanto a las autoridades públicas como a los particulares; iii) el principio de solidaridad (artículo 95 C.P.), que exige velar por la defensa no sólo de los propios derechos, sino también de los ajenos cuando los titulares se encuentren en imposibilidad de hacerlo por sí mismos.”<sup>6</sup>

4. En suma, la acción de tutela puede ser promovida, entre otros, por los padres de personas con discapacidad mental, en este último evento es preciso tener en cuenta que se pretende salvaguardar los derechos fundamentales de quienes no pueden acceder a la administración de justicia por sus propios medios. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha exigido el cumplimiento de dos requisitos que se enuncian a continuación para la configuración de la agencia oficiosa: “i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio”<sup>7</sup>.

5. En el caso objeto de estudio las razones expuestas por la madre de Daniel Guevara Botero para interponer la acción de tutela en su nombre dada su condición médica, constituyen elementos suficientes para acreditar su grave estado de salud y su consecuente imposibilidad para acudir personalmente a promoverla. Bajo tales circunstancias, es evidente que la agencia oficiosa resulta procedente.

Reiteración de jurisprudencia. El principio de solidaridad y la participación de la familia en la rehabilitación de los discapacitados mentales.

6. En virtud de la especial protección que otorga la Constitución a quienes por su condición de discapacidad mental se encuentran en estado de debilidad manifiesta<sup>8</sup>, así como el desarrollo jurisprudencial que la Corte ha dado al principio de solidaridad en estos casos, la Sala resume las siguientes reglas:

i. El derecho a la salud de las personas con discapacidad mental es fundamental, y en esa

medida, resultan aplicables los desarrollos jurisprudenciales que en materia general de salud haya realizado la jurisprudencia constitucional<sup>9</sup>;

ii. El derecho a la salud de las personas con discapacidad mental se asume de forma conjunta por las EPS, la familia, el Estado y la sociedad<sup>10</sup>. En tal sentido, se ha reconocido “en casos de peligro de afectación de la salud mental y psicológica de una persona, no solamente están comprometidos sus derechos fundamentales, sino también los de aquellos allegados más próximos, como los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección y los de la colectividad. Por ello, la afectación de la salud mental y psicológica de una persona no solo produce una disminución de su dimensión vital y pone en riesgo su capacidad para desarrollarse en sociedad, sino que también amenaza con vulnerar sus demás derechos fundamentales, al igual que los derechos de su núcleo familiar”;

iii. Al momento de valorar la participación familiar en la rehabilitación del paciente con discapacidad mental, en aplicación del principio de solidaridad el juez contitucional debe evaluar, entre otros: “(i) el peligro de afectación de la integridad física y la vida de terceros, (ii) la ausencia total de compromiso familiar con el paciente, (iii) las condiciones infrahumanas de pobreza en las que vive el/la petionario/a, (iv) la disponibilidad de recursos económicos para cubrir los costos del tratamiento, (v) la naturaleza de la enfermedad que enfrenta el paciente, y (vi) el concepto del médico tratante”<sup>11</sup>.

iv. Para definir si el tratamiento adecuado para el paciente consiste en la hospitalización o internamiento permanente se deben consultar las prescripciones médicas<sup>12</sup>. Por tanto, no corresponde al juez constitucional ni a la familia definir el periodo, el lugar o las condiciones en que se debe realizar la rehabilitación del paciente<sup>13</sup>.

Estudio del caso concreto.

7. La señora Marisol Botero Serna solicita que se amparen los derechos fundamentales de su hijo discapacitado para que sea trasladado del hogar psiquiátrico “REFUGIO MI CASITA” de Jamundí al que se encuentra ubicado en Manizales. En caso de que su hijo no pueda ser trasladado solicita “(...) me sean reconocidos los viáticos de transporte, alimentación y hospedaje requeridos para mi esposo y para mi cada 15 días como se recomienda, además pasajes urbanos que requerimos, ya que no conocemos dicho lugar y el tiempo es limitado, debido a la distancia que manejamos entere el municipio de Villamaría, Caldas donde

residimos, hasta Jamundí, Valle del Cauca.” .

Por su parte, la EPS accionada no contestó la acción de tutela. Sin embargo, por las respuestas dadas a los derechos de petición que interpuso la accionante, se sabe que no se accedió al traslado solicitado en tanto se estaban evaluando los estándares de calidad en la prestación del servicio de salud del lugar en el que se encontraba internado el hijo de la accionante.

8. En ese contexto, durante el trámite de la acción de tutela, el hijo de la accionante fue trasladado a la Clínica San José de Cali. La accionante considera que el lugar de reclusión no es apropiado para el tratamiento que requiere su hijo. Al respecto, ya la Sala definió que carece de competencia para modificar o interpretar las órdenes que fueron emitidas en virtud de la sentencia proferida el veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011), por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de control de Garantías de Manizales (ver supra 2.). Esto, porque dicha sentencia no es objeto de revisión en el presente trámite, de forma tal que en el análisis del caso solo se tendrá en cuenta el problema jurídico planteado, y no la solicitud de la accionante respecto a que su hijo debe permanecer en un “hogar” y no en una clínica psiquiátrica.

Lo anterior, significa que lo que se discute en esta oportunidad es si afectan los derechos a la salud y a la vida digna de Daniel Guevara Botero, porque el lugar en que se encuentra internado representa unos costos en el desplazamiento que su familia no puede asumir dada la distancia que debe recorrer entre la ubicación de la residencia y el centro médico para visitarlo. Con ello se produce una falta de visitas frecuentes por parte de su familia, es decir, la ausencia prolongada del núcleo familiar en el proceso de rehabilitación del hijo de la accionante.

9. Si bien las condiciones en la prestación del servicio de salud no pueden estar sujetas a la voluntad de los familiares del paciente, lo cierto es que las EPS deben adecuar la prestación de este servicio para permitir la participación de la familia. En efecto, es el concepto del médico tratante el que determina el tratamiento correspondiente y son las EPS las que definen los prestadores de salud de conformidad con los estándares de calidad.

En el caso objeto de estudio la EPS planteó que existieron factores de calidad en la prestación del servicio que al parecer motivaron la negativa del traslado. No obstante, en

virtud del principio de solidaridad, la obligación de asegurar la participación de la familia en el tratamiento médico del discapacitado no puede desconocerse de forma indefinida. De hecho, en la rehabilitación del discapacitado mental cuando la familia desea asumir un rol participativo, este no puede limitarse sin justificación razonable.

En ese orden de ideas, en primer término, la Sala reitera que el derecho a la salud del discapacitado mental es fundamental. En segundo lugar, que en la rehabilitación de los pacientes con discapacidad mental concurren de forma conjunta las EPS, la familia, el Estado y la sociedad. En tercer término, que la participación de la familia en ese proceso debe analizarse bajo el principio de solidaridad, y en esa medida, no puede marginarse injustificadamente de la rehabilitación ni negársele infundadamente su participación.

Bajo esos presupuestos, observa la Sala que la EPS debe intentar la reubicación del paciente en un lugar geográfico que permita el acompañamiento familiar, siempre que el prestador cumpla con los estándares de calidad necesarios para garantizar un adecuado e integral cubrimiento del servicio de salud, así como con las condiciones médicas requeridas por Daniel Guevara Botero. En tal sentido, corresponde a la EPS adelantar la búsqueda y contratación con una IPS que se encuentre en un lugar cercano al municipio de Villamaría, Caldas, lugar de residencia de la familia de la accionante.

La Corte considera que teniendo en cuenta que en aplicación del principio de solidaridad, concurren en esta oportunidad en la rehabilitación del hijo de la accionante la EPS y la familia, la EPS SOS está llamada a facilitar la cercanía geográfica entre Daniel Guevara Botero y su familia. En consecuencia, la EPS debe demostrar que agotó todas las posibilidades de contratar con una IPS cercana a la residencia de la familia de Daniel Guevara Botero sin encontrar una alternativa que territorialmente convenga más.

Adicionalmente, en ese proceso la SOS EPS debe acompañar a la accionante con la información completa de las razones por las que se mantiene internado a su hijo en determinado lugar y de qué forma y ante cuáles instituciones cercanas a su lugar de residencia se está gestionando el traslado.

10. En virtud de lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida por Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, que confirmó la decisión del Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Manizales, mediante la cual se denegó la acción de

tutela promovida por la señora Marisol Botero Serna como agente oficiosa de Daniel Guevara Botero, y en su lugar, concederá la protección de los derechos a la salud y a la vida digna de su hijo.

### III. 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,

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, que confirmó la decisión del Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Manizales, mediante la cual se denegó la acción de tutela promovida por la señora Marisol Botero Serna como agente oficiosa de Daniel Guevara Botero, y en su lugar, CONCEDER la protección de sus derechos a la salud y a la vida digna.

Segundo.- ORDENAR a la EPS SOS que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, debe agotar todas las posibilidades de contratar con una IPS cercana al lugar de residencia de la familia de Daniel Guevara Botero, ubicada en el municipio de Villamaría, Caldas. La reubicación del paciente en un lugar geográfico que permita el acompañamiento familiar, debe realizarse siempre que se cumplan con los estándares de calidad necesarios para garantizar un adecuado e integral cubrimiento del servicio de salud, así como con las condiciones médicas requeridas por Daniel Guevara Botero.

Tercero.- ORDENAR a SOS EPS que en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas suministre información completa a la señora Marisol Botero Serna sobre las razones por las que se mantiene internado a su hijo en determinado lugar y de qué forma y ante que instituciones cercanas a su lugar de residencia se está gestionando el traslado.

Cuarto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

María Victoria Calle Correa

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Contenidos de la libertad de escogencia  
(Salvamento de voto)

La libertad de escogencia como principio rector del Sistema General en Seguridad Social en Salud, está establecido en Ley 100 de 1993 y ha sido desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional. Por lo tanto, es una potestad de las EPS elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, “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”. En el caso concreto, fue precisamente la imposibilidad de garantizar una prestación del servicio integral, lo que obstaculizo el traslado del agenciado a otra IPS, por lo cual resulta desproporcionado la decisión de obligar a la EPS a que realice un contrato con otra IPS para prestar el servicio de salud.

Referencia: Expediente T-3571201

Accionante: Marisol Botero Serna como agente oficiosa de Daniel Guevara Botero.

Accionado: Servicio Occidental de Salud EPS.

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Salvo mi voto frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Novena de la Corte Constitucional en sesión del veinte (20) de noviembre de dos mil doce (2012), por las razones que a continuación expongo:

La sentencia de la que me apartó, decidió ordenar a la EPS accionada a que agote todas las posibilidades de contratar una IPS cerca al lugar de residencia de la familia del paciente, ubicada en el municipio de Villamaría, Caldas. O la reubicación del paciente en un lugar geográfico más próximo a su familia con el fin de permitir el acompañamiento familiar, además de garantizar los estándares de calidad necesarios para el cuidado integral de los servicios médicos.

En este orden de ideas, disiento de la decisión tomada en la sentencia, pues ésta vulnera un principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, la libertad de escogencia de institución prestadora de servicios por parte de las EPS. Más aun si se tiene cuenta, que en el caso concreto, “la EPS planteó que existieron factores de calidad en la prestación del servicio que al parecer motivaron la negativa del traslado”<sup>14</sup>.

Sobre el tema, la Resolución 5261 de 199417, en su artículo 1° establece la responsabilidad que tienen las Entidades Promotoras de Salud de prestar los servicios de salud en aquellas IPS con las que establezca convenios y sólo en casos específicos definidos por dicha Resolución y la Ley 1122 de 2007, se podrá acudir a otra IPS. Por ejemplo en los siguientes eventos: i) que se necesite una atención de urgencias, ii) que haya una autorización expresa de la EPS y, iii) cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS.

En ese sentido, la libertad que tienen los usuarios de escoger IPS va ligado a dos circunstancias: i) que exista un convenio entre la EPS del afiliado y la IPS seleccionada; y ii) que la IPS respectiva preste un servicio de salud que garantice la prestación integral y de

calidad. Y en el caso concreto, fue precisamente la imposibilidad de garantizar una prestación del servicio integral, lo que obstaculizó el traslado del agenciado a otra IPS, por lo cual resulta desproporcionado la decisión de obligar a la EPS a que realice un contrato con otra IPS para prestar el servicio de salud.

Por lo tanto, la Corte ha manifestado que las EPS tienen plena libertad de conformar su red de servicios, para lo cual cuentan con la facultad de contratar o de celebrar convenios con las IPS que lo consideren pertinente, con la obligación de brindarle un servicio integral y de calidad de salud a los afiliados y de que estos puedan elegir entre las posibilidades ofrecidas por las empresas prestadoras de salud la IPS donde desean ser atendidos<sup>18</sup>.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 Se refiere a la sentencia proferida el veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011) por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de control de Garantías de Manizales.

2 Art. 27 del Decreto 2591 de 1991.

3 Art. 52 del Decreto 2591 de 1991.

4 La reiteración de jurisprudencia en esta oportunidad se hará con base en la sentencia T-713 de 2011.

5 Al respecto puede consultarse, entre otras, la sentencia T-489 de 2011.

6 Sentencia T-608 de 2009.

7 Sentencia T-294 de 2004. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias SU-707 de 1996, T-659 de 1998, T-414 de 1999, T-574 de 1999, T-239 de 2003, T-1020 de 2003, T-078 de 2004, T-681 de 2004, T-794 de 2004, T-095 de 2005, T-365 de 2006, T-849 de 2006, T-299 de 2007, T-703 de 2007, T-1029 de 2007, T-050 de 2008, T-573 de 2008, T-591 de 2009, T-799 de 2009 y T-961 de 2009.

8 Art. 13 de la Constitución Política.

9 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T- 057 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-458 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

11 Sentencia T-057 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Sobre el particular puede consultarse la línea jurisprudencial presentada en la sentencia T-057 de 2012, en la que se presentan los casos resueltos en las sentencias T-209 de 1999, T-398 de 2000, T-1237 de 2001, T-124 de 2002, T-1090 de 2004, T-1093 de 2008

13 Al respecto, la sentencia T-458 de 2009, estableció: “(...) que el deber de solidaridad de la familia no es absoluto, sino que es compartido con los demás miembros de la comunidad y con el Estado, hasta tal punto que, ante la falta o la evidente incapacidad de la primera, serán el Estado y la sociedad quienes acudan en defensa del disminuido psíquicamente. // De otra parte, el desinterés o la incapacidad de los parientes para el manejo de la recuperación del enfermo tampoco pueden dar lugar a un innecesario e indefinido confinamiento en un hospital. Si su recuperación y reintegro al seno familiar resulta imposible, tampoco es compatible con la Constitución disponer su hospitalización permanente, pues como lo ha señalado la jurisprudencia, los disminuidos psíquicamente tienen el derecho a no ser internados de manera indefinida y a que se promueva su desarrollo integral dentro de la sociedad. Un confinamiento forzoso en este sentido no sólo vulneraría los derechos fundamentales a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad del paciente, sino que también le impondría una carga excesiva a la entidad hospitalaria, al exigirle la prestación de un servicio que el enfermo realmente no requiere.”. En esa oportunidad, la Corte ordenó la valoración médica del accionante con el propósito de determinar el tratamiento médico a seguir así como el apoyo requerido para reconstruir los lazos familiares.

14 Sentencia T-963 de 2012.

15 Sentencia T-238 de 2003.

16 Ibidem.

17 La Resolución 5261 de 1994 consagra en el artículo 1 que: “(...) El Plan de Beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud se prestará en todos los municipios de la

república de Colombia, por todas aquellas instituciones y personas de carácter público, privado o de economía mixta, catalogados y autorizados para desempeñarse como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud I. P. S. El plan obligatorio de salud responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud se prestará en aquellas I.P.S. con las que cada E.P.S. establezca convenios de prestación de servicios de salud; o sin convenio en cualquier I.P.S. en los casos especiales que considera el presente reglamento. (Negrillas fuera del texto).

18 Sentencia T-238 de 2003 consagro que: “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).