Proceso: *ACCIÓN DE TUTELA*
Accionante: *FREDY ANTONIO CASTRO BALZA*
Accionado(s): *COOSALUD EPS*
Vinculado (s): *INSTITUO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE-SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE MALAMBO*
Radicación: *084334089002-2022-00560-00*
Derecho: *SALUD- SEGURIDAD SOCIAL*

Malambo, once (11) de enero de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO A DECIDIR

Procede este despacho a proferir fallo dentro de la acción de tutela de la referencia, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social.

1. ANTECEDENTES

1. Manifiesta el accionante que es un adulto mayor de 66 años, de escasos recursos y afiliado a la EPS COOSALUD en el régimen subsidiado.

2. Indica que el tres (03) de octubre de 2022, presentó derecho de petición ante la EPS COOSALUD, solicitando cambio de IPS para los servicios de ayudas diagnosticas de NEUROCONDUCCIÓN POR CADA EXTREMIDAD y ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD, toda vez que, la entidad asignada por COOSALUD para realizar dichos exámenes es la IPS ISSA ABUCHAIBE, entidad con la cual ha tenido inconvenientes por la poca fiabilidad en los resultados.

3. En consecuencia, el trece (13) de octubre de 2022, el accionante recibió respuesta por parte de COOSALUD, los cuales le manifestaron la imposibilidad de cambio de prestador o de IPS, considerando lo anterior, una circunstancia vulneradora de sus derechos como usuario, teniendo en cuenta que el Decreto 780 de 2016, indica que las EPS deben garantizar al afiliado la posibilidad de escoger la prestación de los servicios entre un número plural de prestadores.

4. En adición, indica que actualmente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos de los exámenes que solicitó el médico tratante, por lo que se hace necesario hacerlos a través de la EPS.

2. PRETENSIONES

Solicita el señor FREDY ANTONIO CASTRO BALZA que se tutelen los derechos fundamentales a la salud y seguridad social; en consecuencia, se ordene a la EPS COOSALUD para que, dentro del número plural de prestadores, le permita escoger una entidad distinta a ISSA ABUCHAIBE para la realización de las ayudas diagnósticas.

3. ACTUACIONES PROCESALES

La presente acción de tutela correspondió a este Despacho mediante reparto, bajo radicado No. 08433-40-89-002-2022-00560-00. Así mismo, previo análisis de los requisitos, fue admitida mediante auto de fecha seis (06) de diciembre de 2022, en el cual se ordenó requerir a la COOSALUD EPS, para que se pronunciara sobre los hechos de la acción constitucional: asimismo, se vinculó al INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE y a la SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE MALAMBO, debido a que la accionante pertenece al régimen subsidiario en salud.

4. CONTESTACIÓN DE LA TUTELA

Las entidades vinculadas INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE y la SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE MALAMBO no remitieron el informe solicitado, so pena de habérsele notificado en debida forma.
Por su parte, la entidad accionada COOSALUD EPS, en su contestación afirmó que el señor FREDYS ANTONIO CASTRO BALZA actualmente está afiliado a esa entidad prestadora de salud en el régimen subsidiado desde el 01/04/2019, se encuentra en estado activo en la base de datos interna de afiliados y en ADRES.

Indica COOSALUD EPS que le dieron respuesta al derecho de petición radicado por el accionante, informando que la IPS determinada para la realización de ayudas diagnosticas requeridas por el usuario es el INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE, la cual cuenta con la habilitación respectiva para la prestación del servicio; además, afirma que el accionante no cuenta con ningún elemento probatorio al dudar de la capacidad técnico- científica del operador.

Asimismo, asegura que la EPS ha brindado en todo momento la garantía del servicio de conformidad con las normas estructurales del Sistema de Salud, a través del prestador con quien ha establecido una relación contractual y no puede autorizar el servicio de un prestador que se encuentre fuera de su red o que no tiene contratados los servicios requeridos por el usuario.

Alega que, el INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE es un prestador habilitado, de conformidad con las normas legales y reglamentarias por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, para brindar los servicios médicos contratados, como puede comprobarse en la plataforma REPS del Ministerio bajo el código de habilitación No. 0800100287.

Siendo así, la EPS tiene contratado con dicho operador en la red del departamento del Atlántico, específicamente los servicios requeridos por el usuario, no encontrándose en su red otros operadores con disponibilidad para esto, teniendo en cuenta que la disponibilidad de prestadores para la realización de este tipo de ayudas diagnosticas especializadas es limitada, hallándose contrato vigente con el prestador indicado para estos servicios, quien cuenta con las condiciones para la práctica de estas eficazmente.

Por todo lo anterior, COOSALUD EPS solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela por no existir vulneración de derecho fundamental alguno del accionante.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Nacional, establece:

> *"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.*
>
> *La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*
> *Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*
>
> *En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."

Para su procedencia, según la jurisprudencia, debe analizarse la legitimidad por activa y por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad. En consecuencia, cuando el juez encuentra acreditado el lleno de los cuatro requisitos mencionados, el amparo puede darse de dos maneras: (i) como mecanismo definitivo de protección cuando la persona afectada no cuenta con un medio de defensa judicial alternativo, o cuando disponiendo de este en el caso particular dicho medio no cumple con la idoneidad o eficacia suficiente para defender los derechos fundamentales adecuada, integra y oportunamente; y (ii) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que la finalidad es evitar que se materialice un evento catastrófico relacionado con un derecho fundamental, mientras que el juez natural profiera una sentencia de fondo.

Para que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio deberá cumplir con cuatro requisitos: *"(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y, (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables".*

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad corresponde a esta Agencia Judicial establecer si:

¿Existe vulneración a los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del señor FREDY ANTONIO CASTRO BALZA por parte de COOSALUD EPS, al no permitirle la escogencia de una IPS distinta al INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE para la realización de las ayudas diagnosticas ordenadas?

5.3. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

5.3.1. Salud

La Constitución Política de 1991, ubica el derecho a la salud en un lugar de importancia. Así, el artículo 44 lo cataloga como un derecho fundamental de los niños; el artículo 48 alude a este dentro de la seguridad social, como un servicio público obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; también el artículo 49, cuando indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud; y el artículo 50 obliga a todas las instituciones de salud que reciben recursos del Estado a brindar atención gratuita a menores de un año sin afiliación a la seguridad social[1].

El Alto Tribunal de lo Constitucional con respecto a la pertinencia de la acción de tutela para lograr un amparo con el fin de garantizar el derecho a la salud en Sentencia T-121/15 señaló:

"DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

La salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible".

Aunado a lo anterior, la Constitución en su artículo 49 señala:

"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de

[1] Sentencia T-117 de 2019

la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad."

5.3.2. Seguridad social

El artículo 48 superior prescribe que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, definiéndola social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas, por lo que puede ser reclamada en cualquier momento. Esta se encuentra materializada en la cobertura de (i) pensiones, (ii) salud, (iii) riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley.

En este sentido, este artículo constitucional reconoce la seguridad social en un doble propósito: por un lado, i) el de ser un "derecho irrenunciable" que el estado debe garantizar; y por otro lado, ii) el de ser un "servicio público de carácter obligatorio" prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, por intermedio de las entidades públicas o privadas, sujetas a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que la ley establezca.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia T-545-2017, indica que el derecho fundamental a la seguridad social hace referencia a los medios de protección que otorga el Estado para amparar a las personas y a sus familias de las contingencias que afectan la capacidad que estos tienen para generar ingresos suficientes a fin de vivir en condiciones dignas y confrontar circunstancias como la enfermedad, la invalidez o la vejez.

Asimismo, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, refiere que *"la seguridad social a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos, la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de sus efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace precedente su exigibilidad por vía de tutela".*

5.4. LIBERTAD DE ESCOGENCIA DE LA IPS DENTRO DE LA RED DE LA EPS

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993, se refirió a los principios del Sistema de Seguridad Social en Salud y, en específico, respecto al de libre escogencia planteó que *"El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo".* Asimismo, el artículo 159 de esta ley establece que la libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud es una de las garantías de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La corte Constitucional en Sentencia T-136 de 2021, reiteró que la libre escogencia es un derecho de doble vía, señalando que: *"Por un lado, constituye una facultad que tienen los usuarios para escoger la E.P.S. a la que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y la I.P.S. en la que suministrarán tales servicios. Pero, también, es una "potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas". Pese a esto, se ha aclarado que el margen de acción de las E.P.S. para escoger a su red prestadora de salud se encuentra limitado por el deber de garantizar, de cualquier forma, lo siguiente: (i) la pluralidad de I.P.S. con el fin de que los usuarios tengan la posibilidad de escoger; (ii) la prestación integral del servicio y la calidad; y (iii) la idoneidad y calidad de la I.P.S".*

Asimismo, la Corte ha establecido que, no existe una obligación de las E.P.S. de prestar un

tratamiento en una institución no adscrita su red[2]. No obstante, ha precisado que "(…) *los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, en casos como la atención de urgencias, cuando reciban autorización expresa por parte de la EPS para recibir un servicio específico, o cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS*", tal como lo manifestó en sentencia T-965 de 2007, la cual concluye que los afiliados deben acogerse a las IPS a las que sean remitidos por sus respectivas E.P.S., aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones.
Además, ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, una vez iniciada la prestación del servicio de salud, este no puede ser interrumpido súbitamente. En efecto, en Sentencia T-286A de 2012, se ha considerado que:

> "(…) *debe ser obligación de las entidades promotoras de salud garantizar un empalme en el diagnóstico de la enfermedad y la modalidad de tratamiento o procedimiento médico que se le realice a los usuarios, en caso tal en que se realice un cambio en el médico tratante o en la institución prestadora de servicios, especialmente cuando se esté en frente de pacientes que requieren el suministro de un medicamento o tratamiento médico permanente y sucesivo*".

6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La solicitud de amparo tiene su origen en la inconformidad del señor FREDY ANTONIO CASTRO BALZA, el cual interpone acción de tutela contra COOSALUD EPS, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social, debido a que la EPS no le permite escoger una entidad distinta al INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE para la realización de las ayudas diagnósticas de NEUROCONDUCCIÓN POR CADA EXTREMIDAD y ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD.

Frente a los hechos la entidad accionada COOSALUD EPS confirmó que el accionante, actualmente está afiliado a esa entidad prestadora de salud en el régimen subsidiado desde el 01/04/2019 y se encuentra en estado activo en la base de datos interna de afiliados y en ADRES.

Asimismo, afirman haber remitido una respuesta de fondo el trece (13) de octubre de 2022, a la petición radicada por el accionante el tres (03) de octubre de esa misma anualidad, en la cual le informaron que la IPS determinada para la realización de ayudas diagnosticas requeridas por el usuario es el INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE, la cual cuenta con la habilitación respectiva para la prestación del servicio; además, afirma que el accionante no cuenta con ningún elemento probatorio al dudar de la capacidad técnico- científica del operador.

Alega que, el INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE es un prestador habilitado, de conformidad con las normas legales y reglamentarias por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, para brindar los servicios médicos contratados, como puede comprobarse en la plataforma REPS del Ministerio bajo el código de habilitación No. 0800100287.

Siendo así, la EPS tiene contratado con dicho operador en la red del departamento del Atlántico, específicamente los servicios requeridos por el usuario, no encontrándose en su red otros operadores con disponibilidad para esto, teniendo en cuenta que la disponibilidad de prestadores para la realización de este tipo de ayudas diagnosticas especializadas es limitada.

Ahora bien, teniendo en cuenta las pretensiones del señor FREDY ANTONIO CASTRO BALZA, es importante analizar que los artículo 153 y 159 de la Ley 100 de 1993, se refieren a la libre escogencia como uno de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud; No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia T-136 de 2021, reiteró que la libre escogencia es un derecho de doble vía señalando que por un lado es la facultad que tienen los usuarios para escoger la EPS a la que se afiliarán y la IPS en la que se suministrarán los servicios y por otro

[2] Sentencia T-719 de 2005

es la potestad que tiene las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que prestarán a través de ellas.

Sin embargo, en la misma jurisprudencia se aclara el margen de acción de las EPS para escoger a su red de prestadores de salud, indicando que se encuentran limitadas por el deber de garantizar, de cualquier forma los siguientes puntos:

1. La pluralidad de IPS con el fin de que los usuarios tengan la posibilidad de escoger.
2. La prestación integral del servicio y la calidad.
3. La idoneidad y calidad de la IPS.

En el caso particular, el accionante manifiesta que ha tenido "inconvenientes por la poca fiabilidad en los resultados", respecto a los servicios suministrados en el INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE; asimismo, en el derecho de petición radicado el tres (03) de octubre de 2022, se deja ver que el señor CASTRO BALZA, solicita ante la EPS COOSALUD, cambio del prestador para realizar las ayudas diagnósticas, argumentando que los equipos utilizados por dicha entidad no le dan las garantías por estar obsoletos por su tiempo de servicios.

Es decir, el accionante pone en duda la capacidad técnico- científica del operador INSTITUTO DE REHABILITACIÓN ISSA ABUCHAIBE, pero prueba en su escrito tutelar que le permita a este despacho estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social; esto, considerando que la entidad accionada COOSALUD EPS, no ha negado en ningún momento el acceso a los servicios de salud y le proporciona el servicio específico de ayudas diagnósticas de NEUROCONDUCCIÓN POR CADA EXTREMIDAD y ELECTROMIOGRAFIA EN CADA EXTREMIDAD, en la IPS habilitada para tal fin y la cual se encuentra adscrita a su red.

En cuanto a esto último, se debe recordar que la Corte Constitucional ha establecido que, no existe una obligación de las E.P.S. de prestar un tratamiento en una institución no adscrita su red[3]. No obstante, ha precisado que "(…) *los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, en casos como la atención de urgencias, cuando reciban autorización expresa por parte de la EPS para recibir un servicio específico, o cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS*", tal como lo manifestó en sentencia T-965 de 2007, la cual concluye que los afiliados deben acogerse a las IPS a las que sean remitidos por sus respectivas E.P.S., aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones.

Por todo lo anterior, este despacho no encuentra probada la vulneración a los derechos fundamentales invocados por el señor FREDY ANTONIO CASTRO BALZA, contra COOSALUD EPS.

7. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del señor FREDY ANTONIO CASTRO BALZA contra COOSALUD EPS, por las razones expuestas en parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia personal, telegráficamente o por cualquier medio eficaz a las partes, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

[3] Sentencia T-719 de 2005

TERCERO: En caso de no ser impugnada esta decisión, remítase a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ARTURO JOSÉ SIMMONDS JARUFFE
JUEZ

L.P.