

## Sentencia T-126/10

### DERECHO A LA SALUD-Fundamental

#### DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS-No es absoluto

Según la jurisprudencia y las disposiciones precitadas el derecho de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud a escoger las instituciones prestadoras de salud no es absoluto, a pesar de relacionarse con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En principio, esta facultad se circunscribe a las instituciones que hayan suscrito o celebrado convenio o contrato con la entidad promotora de salud de la cual hace parte el usuario. No obstante, también se reconocen ciertas excepciones a esta regla, como cuando se presenta un asunto de urgencia, se afecta el principio de integralidad, o se encuentra demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS. En estos eventos sí existe la posibilidad de que el paciente sea atendido en una IPS que no se encuentra en la red de instituciones de la respectiva EPS.

#### FACULTAD DE RECOBRO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ANTE EL FOSYGA-Casos en que procede

La EPS es autorizada a recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA, cuando debe prestar o suministrar un servicio o medicamento que no se encuentra referenciado en el plan obligatorio de salud, POS, todo con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de un ciudadano. Así, pues, deben cumplirse dos condiciones para que se autorice a la EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Estado. Por un lado, que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que este sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud. Y por el otro, que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.

#### ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia por cuanto al menor no se le ha negado ningún tratamiento, servicio o medicamento requerido por parte de la EPS

Referencia: expediente T-2352727 Acción de tutela instaurada por Miguel Antonio Roncancio Ortega, en representación de su hijo Miguel Santiago Roncancio Pava, contra la EPS Sanitas.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diez (2010).

## SENTENCIA

en el trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá D.C., el diez (10) de julio de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela iniciada por Miguel Antonio Roncancio Ortega, en representación de su hijo Miguel Santiago Roncancio Pava, contra la EPS. Sanitas.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos

1. El niño Miguel Santiago Roncancio Pava se encuentra afiliado a Sanitas EPS, en calidad de beneficiario, desde la fecha de su nacimiento, el 4 de diciembre de 2004. A partir de los 18 meses presentó convulsiones febriles recurrentes, razón por la cual fue sometido a un riguroso tratamiento por parte de la EPS Sanitas. El médico tratante diagnosticó que Miguel Santiago padecía epilepsia astatomioclónica.

2. En razón de su enfermedad, el niño Miguel Santiago ha sido hospitalizado en múltiples ocasiones. La más reciente fue del 23 de enero de 2009 hasta el 18 de febrero del mismo año, en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, por cuenta de la EPS Sanitas. El 13 de mayo de 2009, esta EPS autorizó la consulta de Neurología Pediátrica en el Instituto Roosevelt durante el mes de mayo.

3. En junio de 2009, la EPS Sanitas le comunicó a la familia de Miguel Santiago Roncancio Pava que no podía seguir autorizando la atención del menor en el Instituto Roosevelt, por cuanto dicha IPS ya no hacía parte de la red de prestadores de servicios de la mencionada

EPS.

4. El padre de Miguel Santiago instauro una acción de tutela contra la decisión de EPS Sanitas. Señaló que esta conducta afecta los derechos fundamentales de su hijo, ya que él requiere controles cada ocho (8) días debido al difícil manejo de su enfermedad y al cuadro de convulsiones febriles que presenta. Afirma el demandante que si bien la EPS Sanitas cuenta con varias instituciones que tienen la capacidad de atender a su hijo, es necesario que continúe el tratamiento en el Instituto Roosevelt pues allí se ha logrado que evolucione en forma satisfactoria. Para sustentar su petición, citó el artículo 1 de la Resolución 5261 de 1994: “El plan obligatorio de salud responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud se prestará en aquellas IPS con las que cada EPS establezca convenios de prestación de servicios de salud; o sin convenio en cualquier IPS en los casos especiales que considera el presente reglamento.”

Invoca el amparo de los derechos fundamentales de su hijo a la salud, la integridad, la vida digna y la seguridad social y enuncia las siguientes pretensiones:

“2. Ordenar a la institución accionada Sanitas EPS autorizar con cubrimiento del 100% y de manera inmediata el tratamiento por neurología pediátrica en el Instituto Roosevelt y que me fue ordenado por el médico especialista y que es indispensable para recuperar su salud, asumiendo el 100% del costo, además del tratamiento integral que requiera a futuro teniendo en cuenta que se trata de una enfermedad de alto costo.

“3. Advertir a las directivas de Sanitas EPS que no deben incurrir en hechos similares atentatorios de sus derechos fundamentales de orden constitucional y que pueden repetir contra el Fondo Financiero del Distrito.”

Respuesta de la entidad demandada

5. La EPS Sanitas reconoce que el menor Miguel Santiago Roncancio Pava se encuentra afiliado en esa institución, en calidad de beneficiario de su madre, la señora María Eugenia Pava Mojica. Afirma que le ha garantizado al niño todos los servicios, procedimientos, tratamientos y medicamentos que exige su particular estado de salud y que, por tanto, no ha vulnerado en ningún momento sus derechos fundamentales.

A propósito de la pretensión del demandante de autorizar de manera inmediata el tratamiento por neurología pediátrica en el Instituto Roosevelt, con un cubrimiento del 100%, afirmó que dicha institución no se encuentra adscrita a la red de prestadores médicos de esta EPS. Asegura, sin embargo, que la EPS Sanitas cuenta en el país con médicos adscritos y con una red de prestadores habilitada que pueden atender la enfermedad del menor Miguel Santiago Roncancio Pava. También solicita que se desestime la pretensión del demandante de ordenar una atención integral, pues ello significa solicitar la protección de hechos futuros e inciertos, por cuanto se trata de exámenes, medicamentos o tratamientos que el usuario no ha requerido, o que no han sido ordenados por su médico, además de que la capacidad económica de la afiliada no se ha evaluado.

Con relación a la pretensión del demandante de atender al menor en el Instituto de Ortopedia Infantil, indicó que para las EPS es necesario prestar sus servicios a través de instituciones y médicos adscritos a su entidad, con el propósito de garantizar el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud. Esa es la razón por la cual cierto tipo de prestaciones son responsabilidad directa del afiliado, como cuando se consulta con especialistas diferentes a los adscritos a la EPS. Para sustentar esta premisa citó la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la solicitud de prestaciones excluidas del POS, en la cual se ha definido como requisito para su protección que la obligación haya sido prescrita por el médico tratante adscrito a la EPS.

Concluye solicitando que, en caso de que se desestimen sus argumentos, se ordene al Fosyga cancelar directamente los servicios a la institución que los brinde o, en su defecto, que se reembolse a la EPS Sanitas S.A. el valor del costo del mismo, así como todo lo que en virtud del fallo deba cubrir la EPS en exceso sobre la cobertura del POS.

Intervención del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt.

Pruebas

7. En el expediente constan los siguientes documentos:

- Copia de la cédula de ciudadanía de Miguel Antonio Roncancio Ortega (F. 1).
- Copia del carné de afiliación a la EPS Sanitas (F. 2).

- Copia del Registro Civil de Nacimiento de Miguel Santiago Roncancio Pava. (F. 3).
- Copia de la fórmula médica expedida a Miguel Santiago Roncancio Pava. (F. 4-6).
- Copia de la historia clínica de Miguel Santiago Roncancio Pava (F.7-9).
- Copia de la respuesta de la EPS Sanitas, en la que niega la solicitud de que Miguel Santiago Roncancio Pava siga siendo atendido en el Instituto Roosevelt (F. 10-11).
- Copia de volante de autorización de servicios expedido por la EPS Sanitas. (F.12)
- Copia de la carta de la EPS Sanitas, con fecha del 13 de mayo de 2009, que autoriza el tratamiento en el Instituto Roosevelt durante el mes de mayo. (F. 13)
- Copia del certificado de existencia y representación legal o inscripción de documentos de la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. (F. 32-37 y 54-59).

## II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Única Instancia. Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá D.C.

8. Mediante sentencia proferida el 10 de julio de 2009, el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá D.C. resolvió tutelar el derecho a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del menor Miguel Santiago Roncancio Pava. En consecuencia, el Juzgado ordenó a Sanitas EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia, continuara el tratamiento de la patología “epilepsia astatomioclónica” que padece el niño, en iguales condiciones a las que se venía adelantando y en una institución que se encuentre adscrita a su red de I.P.S. con similares calidades e infraestructura que las del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt. El juez facultó a Sanitas EPS para repetir contra el FOSYGA el costo de los medicamentos, procedimientos, tratamientos, terapias, elementos y exámenes que estén excluidos del POS y que se suministren efectivamente con ocasión del tratamiento integral reconocido.

En sus consideraciones señaló la necesidad de proteger el derecho a la salud cuando se encuentra en peligro la vida de la persona. Además, se refirió a la especial protección que merecen los niños a la luz del ordenamiento constitucional (C.P. Art. 44). También mencionó

que dentro de los fines del Estado se encuentra la prevalencia de los derechos de los niños, e indicó que con base en el principio de solidaridad surge para el Estado, al igual que para la sociedad y la familia, el deber de suministrar protección privilegiada a los menores que se encuentran en una situación semejante a la analizada.

El juez de instancia decidió negar la solicitud de que se ordenara a la EPS que dispusiera que el niño fuera atendido en el Instituto Roosevelt. Afirmó que, a pesar de la gravedad de la enfermedad, el cese de la atención proporcionada al menor por parte del Instituto Roosevelt se produce en razón de la terminación del vínculo contractual de la entidad accionada con la IPS. Con base en la jurisprudencia constitucional, asegura que sólo de manera excepcional es posible solicitar por acción de tutela la atención por parte de una IPS no adscrita a la EPS del afiliado, y el supuesto fáctico que dio origen a la interposición de la acción de tutela no encuadra dentro de las situaciones excepcionales que ha señalado la Corte. Después de describir los requisitos planteados por la jurisprudencia para los tratamientos no contemplados en el POS, aseguró que en este caso no se trata de una situación de urgencia y que no hay autorización de la EPS para recibir atención en otra IPS. Tampoco consta en el expediente orden del médico tratante ni existe una negativa injustificada de la EPS para atender al paciente.

### III. PRUEBAS RECOPIADAS POR LA CORTE

9. Mediante Auto de noviembre 23 de 2009, la Sala Primera de Revisión ofició a la EPS Sanitas para esclarecer los hechos del proceso y obtener una serie de documentos de su parte. A continuación se hace referencia a la información aportada por la entidad que es pertinente para la solución del presente caso.

En relación con el interrogante acerca de si el niño Miguel Santiago, o sus padres, se encontraban adscritos a un plan complementario de salud señaló la EPS:

“(…) me permito comunicarle que el señor Miguel Antonio Roncancio Ortega y la señora María Eugenia Pava Mojica, se encuentran vinculados a la compañía de medicina prepagada MEDISANITAS S.A. mediante contrato 60 - 211 y 60-211887-1-6 respectivamente.

Es de resaltar que el menor Miguel Santiago Roncancio Pava, se encuentra vinculado a la compañía de medicina prepagada COLSANITAS S.A., mediante contrato 10-29654-105-5.”

La EPS indicó también que al niño se le habían suministrado medicamentos y servicios tanto por cuenta del POS como por cuenta del plan complementario de salud. La EPS señaló que, desde el mes de junio de 2009, al niño se le habían autorizado medicamentos y servicios tanto por cuenta del POS como con cargo al fallo de tutela emitido el pasado diez (10) de julio de 2009 por el Juzgado Treinta (30) Civil Municipal de la ciudad de Bogotá. Entre los medicamentos se destacan los siguientes: Topomac, Urdaban, Valcote, Rivotril, Lamcil. Entre tanto los servicios practicados, por el mismo concepto fueron: servicio SS Egot, EGPT Niveles Séricos de Ácido Valproico; servicio DX Obesidad SS Control por Nutrición; servicio DX Hipotiroidismo en TTO SS Glicema, Colesterol Total HDL y LDL, Triglicerios-T4 Libre-THS; SS Consulta de Neuropediatria IDX, Epilepsia Astatomioclónica refractaria.

También indicó que con base en el plan complementario de salud le habían sido suministrado los siguientes medicamentos y servicios: servicio DX Bronconeumonia, Epilepsia; Videotelemetria de 12 horas diurnas sin suspender medicamento DX: epilepsia de difícil control.

En relación con la pregunta sobre la existencia de otra institución que contara con condiciones semejantes a las dispuestas en el Instituto Roosevelt, la EPS demandada respondió: “Es importante indicar, que la Clínica Teleton, institución adscrita a EPS Sanitas S.A., cuenta actualmente con todos los servicios requeridos para el manejo integral de la patología padecida por el paciente Miguel Santiago Roncancio Pava, ya que cuenta con los equipos necesarios, el personal idóneo y la infraestructura adecuada para el manejo suficiente, oportuno y adecuado. Cabe anotar que tanto el Instituto Roosevelt como la clínica Teletón son instituciones prestadoras de servicios de salud debidamente habilitadas por las autoridades locales del ramo lo cual implica que ambas pueden prestar en adecuadas condiciones de calidad los servicios de salud requeridos por el paciente de conformidad con la patología que dio lugar a la iniciación de la presente acción de tutela.”

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

##### Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo

previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por medio del auto del veintiuno (21) de agosto de dos mil nueve (2009), proferido por la Sala de Selección Número Ocho.

#### Problema jurídico

2. La Sala de Revisión debe entrar a estudiar dos problemas jurídicos que subyacen al presente proceso. El primero es determinar si Sanitas EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del niño Miguel Santiago Roncancio Pava, por negarse a prestarle el tratamiento integral por neurología pediátrica en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt y ofrecerle en su lugar otra institución, bajo el argumento de que esta EPS ya no tiene convenio con aquel Instituto.

El segundo problema jurídico consiste en establecer si los costos del tratamiento integral por neurología pediátrica que la EPS le debe brindar a Miguel Santiago Roncancio Pava deben ser asumidos por Sanitas EPS, o si se debe autorizar a dicha entidad a ejercer la facultad de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA.

Para resolver estos problemas jurídicos se desarrollará el siguiente orden:

i) El derecho a la salud como derecho fundamental. ii) La libertad para escoger institución prestadora de salud. iii) La facultad de recobro ante el FOSYGA y iv) la solución del caso concreto.

El derecho a la salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia.

3. En la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esta corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional

que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[16] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.[17] La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.[18]”<sup>1</sup>

Libertad para escoger Institución Prestadora de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

4. La libertad de escoger la institución prestadora de salud ha sido desarrollada en la ley y la jurisprudencia. La Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, regula lo concerniente a esta figura. El numeral 4 del artículo 153 de esta Ley, al enunciar los fundamentos del servicio público de salud, prescribe la libre escogencia:

“ARTÍCULO 153. FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes: (...) 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” (Subrayado fuera del texto).

El literal g) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 también desarrolla este derecho cuando

define las características básicas del sistema general de seguridad social en salud.

“ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características: (...) g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán 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 ella ofrecidas.” (Subrayado fuera del texto).

Luego, al desarrollar lo relativo a las garantías de los afiliados el numeral 4 del artículo 159 de la ley en referencia, dispone:

“ARTÍCULO 159. GARANTÍAS DE LOS AFILIADOS. Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos: (...) 4. 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.”

Finalmente, al enunciar las funciones de las entidades promotoras de salud en el numeral 4 del artículo 178 de la mentada ley, se prescribe:

“ARTÍCULO 178. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones: (...) 4. 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.”

“(…) 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 {con} 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.”<sup>2</sup> (Subrayado fuera del texto)

En el mismo sentido, en la sentencia T-965 de 2007 esta Corporación se pronunció sobre un caso relacionado con un niño que padecía de “Meningoencefalitis Tuberculosa”, la cual ocasiona los siguientes síntomas: “bradipsiquia, disartria, bradilalia, ligera espasticidad en miembros inferiores, hiperreflexia de predominio de miembros inferiores, presenta síndrome frontal basal secundario, tiene detrusor hiperactivo neurogénico de baja acomodación de DLPP en 49 CM, sinergia esfinteriana” y fue calificado con una discapacidad del 88.35%.”<sup>3</sup>

En la providencia, la Corte reseñó de la siguiente manera la posición del demandante acerca del tratamiento que recibía su hijo en la Clínica Colsubsidio: “(...) el tratamiento que ofrece FAMISANAR en la Clínica de Colsubsidio no es intensivo, continuo ni integral y no ha aportado a su hijo ninguna mejoría ni avance; la entidad ofrece servicios de terapia física, pero no de rehabilitación tal como lo expresa en respuesta a un derecho de petición que ella radicó.”<sup>4</sup> Por ese motivo una de las pretensiones del actor era la de que: “(i) se le ordene a FAMISANAR que lo remita al programa de rehabilitación integral de la Clínica Universitaria Teleton”<sup>5</sup>

Frente a estos hechos y con relación a la mencionada pretensión del actor la Corte Constitucional reiteró la siguiente regla:

“Según el artículo 1° de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud<sup>6</sup>, las EPS son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS por intermedio de las IPS con las que establezcan convenios para el efecto. Excepcionalmente, los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, en casos como la atención de urgencias<sup>7</sup>, 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<sup>8.9</sup>

“De lo anterior se colige que las EPS están en libertad de escoger las IPS con las que contratarán y el tipo de servicios a prestar, siempre que se garantice a los usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados de este régimen deben acogerse a las IPS a las que sean remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones<sup>10.</sup>”<sup>11</sup>((Subrayado fuera del texto)

En conclusión, según la jurisprudencia y las disposiciones precitadas el derecho de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud a escoger las instituciones prestadoras de salud no es absoluto, a pesar de relacionarse con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad<sup>12</sup>. En principio, esta facultad se circunscribe a las instituciones que hayan suscrito o celebrado convenio o contrato con la entidad promotora de salud de la cual hace parte el usuario.<sup>13</sup> No obstante, también se reconocen ciertas excepciones a esta regla, como cuando se presenta un asunto de urgencia, se afecta el principio de integralidad, o se encuentra demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS. En estos eventos sí existe la posibilidad de que el paciente sea atendido en una IPS que no se encuentra en la red de instituciones de la respectiva EPS.

Acerca de la facultad de recobro ante el FOSYGA por parte de las EPS

6. La EPS es autorizada a recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA, cuando debe prestar o suministrar un servicio o medicamento que no se encuentra referenciado en el plan obligatorio de salud, POS, todo con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de un ciudadano. En la sentencia T-223 de 2006 se manifestó:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no

existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.”<sup>14</sup>

Luego, la sentencia T-760 de 2008, que sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales referidas al derecho a la salud, indicó con relación a la facultad de recobro lo siguiente:

“.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.<sup>15</sup>”

Así, pues, deben cumplirse dos condiciones para que se autorice a la EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Estado. Por un lado, que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que este sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud. Y por el otro, que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.

## 6. Caso concreto

Con base en las reglas jurisprudenciales explicadas y los hechos del caso se pasará a resolver los problemas jurídicos inicialmente planteados. En ese sentido, se valorará si Sanitas EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del niño Miguel Santiago Roncancio Pava, por negarse a prestar el tratamiento integral por neurología pediátrica en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt y por ofrecer en su lugar otra institución, con el argumento de que esta EPS ya no tiene convenio con aquel Instituto.

El presente caso versa sobre la posibilidad de elegir una institución prestadora de salud por parte de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud. Como se explicó, tanto la jurisprudencia constitucional como la Ley 100 de 1993, permiten que las personas elijan la institución en la cual desean ser atendidos, elección que se encuentra limitada a las instituciones que tienen convenios o contratos con la entidad promotora de salud. Si Sanitas EPS ha cesado el convenio con el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, esta institución ha dejado de ser parte de su red de instituciones. Por lo tanto, los afiliados a la EPS Sanitas ya no cuentan con la libertad de optar por la atención en dicho instituto, salvo que se configuren las causales que la jurisprudencia constitucional ha establecido.

En el presente proceso no se presenta ninguna de las circunstancias que configuran las excepciones anotadas. Sanitas le ha suministrado al niño Miguel Santiago los medicamentos ordenados, ha practicado los exámenes que se han solicitado y ha expresado que puede atender al menor con las condiciones técnicas y científicas que éste amerita en la Clínica Teletón. Tampoco se advierte que el niño se encuentre en una situación de urgencia manifiesta, como quiera que su grave enfermedad está siendo tratada de tiempo atrás por el servicio de salud. Asimismo, no se encuentra demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS. Por eso, no se puede asegurar que en el caso del niño se haya configurado una afectación al principio de atención integral. Dado que no se configura ninguno de estos eventos, no puede la Corte ordenar que Miguel Santiago Roncancio Pava sea atendido en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, por cuanto esta IPS no se encuentra en la red de instituciones de Sanitas EPS.

Por otra parte, el juez de instancia facultó a Sanitas EPS para repetir contra el FOSYGA el costo de los medicamentos, procedimientos, tratamientos, terapias, elementos y exámenes que estén excluidos del POS y que se suministren efectivamente con ocasión del tratamiento integral reconocido. Al hacerlo, en este caso concreto, el juez de instancia desconoció que es deber de la EPS Sanitas brindar todas las prestaciones prescritas en el plan obligatorio de salud y garantizar el principio de atención integral a los usuarios. También ignoró la jurisprudencia constitucional acerca de la facultad de recobro ante el Estado, que precisa dos condiciones para su cumplimiento: que se trate de un medicamento o servicio no incluido en el plan obligatorio de salud y que la persona no tenga la capacidad de pago para asumirlo. En el presente caso no se ha demostrado que Sanitas EPS le haya negado un servicio o un

medicamento al niño, razón por la cual no se puede asegurar que le hayan desconocido su derecho a recibir un tratamiento integral. Por otra parte, el padre no demostró que, a pesar de estar afiliado a una compañía de medicina prepagada, no esté en condiciones de asumir el costo de un servicio o medicamento determinado. Ninguno de los requisitos de la jurisprudencia constitucional se cumplen en el presente caso, por este motivo, no es conducente autorizar a Sanitas EPS a ejercer la facultad de recobro ante el fondo de solidaridad y garantías, FOSYGA, por los costos del tratamiento por neurología pediátrica del niño Miguel Santiago.

Por los argumentos expuestos la Sala de Revisión procederá a revocar la decisión adoptada por el juez de única instancia. En su lugar, se denegará el amparo impetrado.

#### V. DECISIÓN:

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero. PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá D.C. el 10 de julio de 2009, en su lugar denegará la acción de tutela interpuesta.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Sentencia T-760 de 2008.

2 Sentencia T-247 de 2005

3 Sentencia T-965 de 2007.

4 Ibídem.

5 Ibídem.

6 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

7 Artículo 10 Resolución 5261 de 1994.

8 Artículo 14 ibídem.

9 Sentencia T-1063 de 2005. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 Ver al respecto la sentencia T-238 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

11 Sentencia T-965 de 2007

12 Sentencia C-1041 de 2007.

13 Sentencia T-526 de 2006.

14 Sentencia T-223 de 2006.

15 Bien sea, por ejemplo, porque el servicio no se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de servicios o bien porque está sometido a un ‘pago moderador’ (ver apartado

4.4.5.).