

SENTENCIA T-550/11

(Julio 06)

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO Y DERECHO DE LA EPS A ESCOGER CON QUE IPS CONTRATAR-Legislación y jurisprudencia

De acuerdo con lo señalado por la ley y por la jurisprudencia de esta Corte, la regla de la libre escogencia, en primer lugar, es inherente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en segundo lugar, es un mandato de doble vía: por un lado, están las EPS que tienen el derecho de manera libre y autónoma a contratar con las IPS y con los profesionales que consideren necesarios con el fin de ofrecerle a sus afiliados una red de servicios completa; y por el otro lado, están los afiliados que tienen el derecho a escoger, dentro de las posibilidades ofrecidas por la EPS, la IPS donde desean ser atendidos.

PRINCIPIO DE LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Caso en que no se ha vulnerado por cuanto la EPS le ha dado la posibilidad de escoger entre 3 IPS para la atención de su hija

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales sobre la prueba

Cuando la Corte ha estudiado casos en los que el accionante solicita que se le den medicamentos, tratamientos y elementos que no están incluidos dentro del POS, o la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, ha establecido que al actor le corresponde demostrar la carencia de recursos económicos, es decir su imposibilidad para poder asumir el costo de lo requerido por el paciente. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la manifestación que realizan los accionantes de no contar con los recursos económicos para asumir el costo de lo requerido por el paciente, es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar lo contrario.

Referencia: Expediente T-2.995.170

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali - Valle, del 25 de enero de 2011; Sentencia del Juzgado Once Penal Municipal de Cali- Valle, del 18 de noviembre de 2010.

Accionante: César Javier Velandia Contreras, en representación de su hija Sara Sofía Velandia Garzón.

Accionado: Salud Total EPS y Coomeva medicina prepagada.

Demanda del accionante -elementos-:

Derechos fundamentales invocados: Salud, derechos de los niños, igualdad y vida digna.

Conducta que causa la vulneración: La negativa de una EPS a prestar el servicio de salud en la IPS solicitada por el accionante.

Pretensión: Ordenar a Salud Total EPS realizar las terapias de Neurorehabilitación en el Centro de Neuro Rehabilitación Surgir; que se ordene que el médico tratante de la menor sea quien la ha venido atendiendo hasta el momento; que la EPS le suministre tratamiento integral a la menor y, por ultimo, que sea exonerado del cobro de copagos y de cuotas moderadoras

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la demanda de tutela¹.

El señor César Javier Velandia Contreras, actuando en nombre y representación de su hija menor Sara Sofía Velandia Garzón, interpone acción de tutela contra Salud Total EPS y Coomeva medicina prepagada manifestando los siguientes hechos.

1.1 El señor César Javier Velandia Contreras, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en el régimen contributivo en calidad de cotizante, a su vez, su hija Sara Sofía Velandia Garzón está afiliada al régimen contributivo en calidad de beneficiaria desde enero de 20062.

1.2 Manifiesta el accionante que su hija ha sido diagnosticada con “síndrome dismórfico no tipificado por el especialista en genética, que consta de múltiples malformaciones como son: a nivel de corazón CIA- CIV, ductos, úbula bífida, hemivertebrera en la T-10, esclerosis congénita, estrabismo y deformación con pies equinovaros bilateral. Posteriormente, con base en la corrección de la cardiopatía congénita quedó con un bloqueo AV completo con probabilidad de instalación de marcapaso y retardo del desarrollo psicomotor y del lenguaje”3.

1.3 Asevera el accionante que el Dr. Javier Gutiérrez, cardiólogo pediatra de la fundación Valle del Lili, prescribió a Sara Sofía el medicamento ENALAPRIL 2.5 Mg., y terapias de neurorehabilitación consistentes en terapia física, ocupacional, de lenguaje, fonoaudiología, hipoterapia, e hidroterapia.

1.4 El accionante asegura que las terapias de Neurorehabilitación no están siendo prestadas por Salud Total EPS, debido a que la niña ha sido remitida a la Fundación Ideal y no al Centro de Neuro Rehabilitación Surgir, encontrándose entre estas dos instituciones grandes diferencias en la prestación del servicio, pues la segunda institución es “la única que hasta el momento desarrolla programas de Neurorehabilitación” 4; además, las instalaciones físicas cuentan con un espacio amplio, debidamente equipado para cada tipo de terapia, sumado a esto, la duración de las terapias en sus diferentes modalidades es de 45 minutos, mientras que en la Fundación Ideal es de tan solo 25 minutos.

1.5 Afirma que la calidad en la prestación del servicio en el centro de Neurorehabilitación Surgir es superior, pues, asegura que en las terapias de fonoaudiología se trabaja de manera integral la parte de deglución, oral, lenguaje y comunicación; en fisioterapia aplican técnicas nuevas y novedosas, además, cuentan con equipos y herramientas de última generación lo que ha permitido que su hija tenga un avance notorio; en el área de terapia ocupacional tienen personal especializado en neurorehabilitación, por el contrario, en la fundación Ideal los profesionales no tienen especialización en neurorehabilitación, sino que realizan un

curso5.

1. El tutelante asegura que Salud Total EPS tiene convenio con el Centro de Neurorehabilitación Surgir, por lo que solicita que, al igual que los niños Mateo Camacho y Nicolás Montes quienes son usuarios de Salud Total EPS y son atendidos en el Centro de Neuro rehabilitación Surgir, su hija Sara Sofía sea atendida en dicho Centro6.

1. En cuanto a los trámites administrativos exigidos por Salud Total EPS, el accionante asegura que dada su naturaleza y condición se prolongan en el tiempo, impidiendo que la prestación del servicio se realice de manera continua y oportuna. La tramitología ha impedido que los procedimientos prescritos por el médico se desarrollen en la forma estipulada, generando un deterioro en la salud de su hija Sara Sofía7.

1. Buscando dar cumplimiento al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, el accionante solicita que se acate la orden emitida por el neuro pediatra, doctor Sergio Santiago Cruz Zamorano, y por la doctora Alexandra Osorio, médica fisiatra y de rehabilitación, quienes remitieron a Sara Sofía a programas de neurodesarrollo - rehabilitación integral y quienes recomiendan que estos se realicen en el Centro de Neurorehabilitación Surgir, pues allí viene siendo atendida la niña con muy buenos logros. Por otro lado, manifiesta el tutelante que de manera repentina Salud Total EPS les cambió el medico tratante, por lo que solicitan se ordene que el Dr. Sergio Santiago Cruz Zamorano siga tratando a su hija Sara Sofía como lo ha venido haciendo desde hace varios años8.

1.9 El padre de la menor, solicita el suministro de pañales desechables, zapatos ortopédicos, cremas y aparatos de rehabilitación como caminadores, pues, pese a que es empleado, manifiesta que sus ingresos no alcanzan para el sostenimiento de su familia, además su esposa no tiene actividad laboral debido a que se encarga del cuidado de la niña9.

1.10 Debido a la situación de discapacidad de su hija Sara Sofía, solicita el suministro de transporte ya que su hija es de difícil manipulación por su tamaño y peso10.

1.11 Solicita se le otorgue el plan de hospital domiciliario, porque ellos como padres no tienen ni el conocimiento ni la preparación para manejar de manera apropiada un cuadro como el que presenta su hija¹¹.

1.12 De otro lado, el señor César Javier Velandia Contreras trabaja en la empresa EPSA E.S.P., la cual estableció en la convención colectiva vigente para el año 2001 un convenio de atención médica con Coomeva Medicina Prepagada, por lo que realizó las diligencias para proceder con su inscripción y la de su grupo familiar¹².

1.13 Al momento de afiliarse a Coomeva Medicina Prepagada, Sara Sofía tenía 16 meses de edad y debido a su estado de salud el accionante fue obligado a renunciar al servicio médico que requiriere su hija; asegura que Coomeva nunca realizó alguna conducta encaminada establecer el diagnóstico médico de la menor, sino que simplemente se limitó a separarla del plan convencional¹³.

1.14 Por otra parte, asegura que el niño Santiago Escobar, que tiene retraso en el desarrollo como consecuencia de hipoxia, y María José Escobar que es discapacitada, son atendidos a través de su EPS y respaldados de manera solidaria por Coomeva Medicina Prepagada¹⁴.

1.15 Por último, solicita sea exonerado del cobro de copagos y de cuotas moderadoras, debido a que las enfermedades padecidas por Sara Sofía son de alto costo y catastróficas¹⁵.

1. Vinculación de Salud Total EPS y Coomeva medicina prepagada

El Juzgado Once (11) Penal Municipal de Cali, mediante oficio del 4 de noviembre de 2010¹⁶, informó a las entidades accionadas sobre la acción de tutela, con el fin de que dentro del término de dos (2) días siguientes al recibo de la notificación de la misma, se pronunciaran sobre los hechos expuestos por el accionante.

El señor Robert Alfonso Morales, actuando como administrador de la sucursal de Cali de la EPS Salud Total, mediante escrito de 12 de noviembre de 2010, solicitó que la acción de tutela sea negada de acuerdo con los siguientes argumentos:

1.2.1 Salud Total sostiene que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno pues no ha negado la prestación de ningún servicio médico.

1.2.2 La IPS Surgir no tiene convenio actual con Salud Total, y asevera que en el momento sólo le están brindado el servicio en dicha IPS a tres menores que lo vienen recibiendo desde el año 2007 y uno de ellos desde el 2005, fechas en las cuales la EPS no tenía convenio con ninguna IPS especializada en neurodesarrollo.

1.2.3 Debido al aumento de menores que presentan este tipo de patologías y a la normatividad del CTC, la EPS tiene convenio con las IPS IDEAL, IMPRONTA y PROMOVER, las cuales cumplen con todos los estándares de habilitación y calidad que se requieren, y dentro de las tres IPS el usuario tiene la libertad de escoger en cual de estas desea se le preste el servicio¹⁷.

Adicionalmente, frente a las apreciaciones que realiza el accionante en relación a la IPS IDEAL, asevera que es una institución que lleva trabajando más de 45 años por la rehabilitación integral, que cuenta con un equipo humano capacitado para tratar la patología de Sara Sofía y que sus instalaciones físicas son adecuadas para los pacientes que se encuentren en terapias de neurodesarrollo¹⁸.

Por otra parte, afirma que la IPS IDEAL cuenta con el aval de la Asociación Americana de Neurodesarrollo para traer al país los cursos de actualización en el área, además, que es pionera en el programa especializado en Neurodesarrollo pediátrico y cumple con todos los requisitos exigidos por el Ministerio de la Protección Social¹⁹.

En relación con la duración de las terapias de neurodesarrollo, informan que tienen una duración de 25 minutos que son directamente con el usuario y 5 minutos para evaluar la evolución y la historia clínica del paciente²⁰.

1.2.4 Manifiesta que el accionante tiene un salario de \$3.712.000, además, que cuenta con un excelente data crédito donde se evidencian 5 tarjetas de crédito y una buena capacidad de endeudamiento, y solicitó que se le pida a la oficina de registro de instrumentos públicos,

a la secretaría de tránsito y a la cámara de comercio, que informen sobre los bienes inmuebles, vehículos y sociedades que figuren a nombre del señor Cesar Javier Velandia²¹.

1.2.5 En cuanto al requerimiento de transporte solicita que sea tenida en cuenta la capacidad económica del accionante y sostiene que seguramente el actor se transporta en vehículo propio²².

1. Referente a la solicitud de enfermera en casa, informa que la patología de Sara Sofía es compleja, sin embargo que la paciente no requiere para su manejo de asistencia de personal especializado pues ninguno de los diferentes especialistas que la ha tratado lo han considerado pertinente²³.

Salud Total EPS, asegura que no existe orden médica en la que se indique la necesidad de pañales desechables, leche y transporte, por lo tanto, no les es posible autorizar procedimientos o servicios que no han sido ordenados por el médico tratante, adicionalmente, que el no suministro de pañales no viola ningún derecho fundamental, pues los pañales no mejoran la salud²⁴.

1. Por último, manifiesta que para que la acción de tutela sea procedente, es necesario demostrar la carencia de recursos económicos, por el contrario, en el presente caso está demostrado que existe capacidad económica para asumir el costo de los servicios solicitados por el accionante y no ordenados por el galeno, por lo que solicita que la acción de tutela sea denegada²⁵.

1.3 La señora Sandra Milena Urrutia, actuando como analista jurídico regional de Coomeva M.P. S.A, mediante escrito de 12 de noviembre de 2010, solicita que la acción de tutela sea declarada improcedente de acuerdo con los siguientes argumentos:

Manifiesta que Sara Sofía Velandia Garzón no esta afiliada a Coomeva Medicina Prepagada; para que se pueda afirmar que esa entidad ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor, resulta necesario que el accionante aporte la prueba en la que se demuestre que existe una relación contractual entre la menor Sara Sofía y la entidad accionada²⁶.

3. Decisión de tutela objeto de revisión:

3.1 Primera Instancia: Sentencia del Juzgado Once Penal Municipal de Cali, de noviembre 18 de 201027:

El juez de instancia resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la Salud, Vida en condiciones Dignas e Igualdad invocada por el señor CESAR JAVIER VELANDIA del cual es titular la menor SARA SOFIA VELANDIA en contra de SALUD TOTAL EPS, según los motivos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a “SALUD TOTAL EPS”, para que dentro de las 48 horas siguientes, a partir de la notificación del presente fallo si aun no lo ha hecho, se adelanten las gestiones Administrativas necesarias a fin de que le sea autorizado el tratamiento terapias de neuro rehabilitación en el Centro de Neuro rehabilitación SURGIR, hasta que se logre la recuperación esperada por el médico tratante, igualmente se le autorizan los medicamentos, insumos, tratamientos clínicos y hospitalarios, intervenciones quirúrgicas, enfermera de 8 horas en caso de ser ordenada, consultas con médicos generales y especialistas en particular con el Doctor Santiago Cruz Zamorano y Jaiber Gutierrez Gil, cuidados intensivos e intermedios y todo aquello que sea requerido por el médico tratante y que no se encuentre contemplado dentro del POS en los lugares y en las condiciones que su caso requiera, para atender así de esta manera el delicado estado de salud de la menor SARA SOFIA VELANDIA con relación a la enfermedad que actualmente padece SINDROME DISFORMICO NO TIPIFICADO POR EL ESPECIALISTA EN GENÉTICA, QUE CONSTA DE MÚLTIPLES MALFORMACIONES COMO SON: DE CORAZÓN CIA- CIV, DUCTUS, UVULO BIFIDA, HEMIVERTEBRA EN LA T-10 ESCLEROSIS CONGÉNITA, ESTRABISMO Y DEFORMACIÓN CON PIES EQUINOVAROS BILATERAL, POSTERIORMENTE CON BASE EN LA CARDIOPATÍA CONGÉNITA QUEDO CON UN BLOQUEO AV COMPLETO CON PROBABILIDAD DE INSTALACIÓN DE MARCAPASO Y RETARDO DEL DESARROLLO PSICOMOTOR Y DEL LENGUAJE y que fuere motivo para iniciar este procedimiento.

TERCERO: ORDENAR a “COOMEVA MEDICINA PREOAGADA”, para que dentro de 48 horas, a partir de la notificación del presente fallo si aun no lo ha hecho, se adelanten las gestiones Administrativas necesarias a fin de que le sean realizados los exámenes de rigor a la menor

SARA SOFIA VELANDIA y bajo las condiciones del convenio existente con la Empresa EPSA E.S.P sea ingresada al servicio de plan complementario de salud.

CUARTO: Exonerar de copagos y cuotas moderadoras a la menor SARA SOFIA VELANDIA según los motivos expuestos anteriormente.

QUINTO: AUTORIZAR a la Entidad Promotora de Salud "SALUD TOTAL EPS", a través de su representante legal o quien haga sus veces, para REPETIR contra el Estado, a través del Fosyga, para recuperar el 50 % de los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir en cumplimiento de las orden contenida en esta providencia"28.

3.2 Impugnación por parte de Coomeva MP29

El señor Juan Esteban Orjuela Sierra, actuando como Analista Jurídico de Coomeva EPS Regional Sur Occidente, manifestó su inconformidad con la sentencia y expuso los siguientes argumentos:

En primer lugar, asegura que Sara Sofía Velandia Garzón no esta afiliada a Coomeva Medicina Prepagada y teniendo en cuenta que la accionante no aportó prueba en donde se demuestre lo contrario, solicita que la sentencia sea revocada en lo que respecta a Coomeva M.P S.A.

En segundo lugar, manifiesta que el contrato celebrado entre una empresa que preste servicios de medicina prepagada y un particular se rige por las normas civiles y mercantiles, en otras palabras, el contrato entre las partes nace del acuerdo de voluntades, se perfecciona con el simple acuerdo y de esta manera se convierte en ley para las partes.

Y por último, advierte que dentro del trámite de admisión para celebrar un contrato de medicina prepagada, está el de la auditoría médica que resulta determinante para la empresa de salud, pues en dicho trámite se decide la aprobación, limitación o negación del servicio solicitado.

3.3 Impugnación por parte de Salud Total EPS30

El señor Efraín Castillo Varela, actuando como Administrador de Salud Total S.A. Sucursal Cali, impugnó el fallo y manifiesta su inconformismo respecto de los siguientes aspectos:

a. Presunta vulneración del derecho a la igualdad.

Considera que el Juez al analizar este acápite no tuvo en cuenta las pruebas aportadas por Salud Total, pues considera que el derecho a la igualdad no le ha sido vulnerado a la menor Sara Sofía, pues si bien, el servicio no se le presta en la IPS Surgir, sí se le esta garantizando en otras IPS que ofrecen las mismas condiciones técnicas y científicas.

a. Prestación de Servicios en IPS NO RED

Asegura que el Juez de instancia se extralimitó al ordenar servicios con médicos puntuales, pues, de esta manera esta obligando a la EPS a mantener contratos de manera indefinida con los galenos y con la IPS Surgir.

a. Orden de atención médica brindada por galenos puntualmente establecidos por el juzgado.

Salud Total EPS informa que los doctores Santiago Cruz y Jaiber Gutierrez Gil con quienes la juez ordenó que sigan atendiendo a la menor Sara Sofía, no están adscritos a Salud Total, sino a la IPS Fundación Valle del Lili, con la cual en este momento Salud Total no tiene convenio.

Debido a lo anterior, Salud Total solicita que se tenga en cuenta lo que ha dicho la Corte Constitucional en cuanto a “que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la A.R.S a la cual se halla afiliado el demandante (Sentencias T-978 de 2001, T-821 de 2001, T-704 de 2005 y T-427 de 2005)³¹”.

Adicionalmente, manifiesta que según la Corte Constitucional la continuidad del tratamiento, no depende de la realización del tratamiento por parte de la misma EPS o de un mismo médico. Consiste en que la prestación del servicio no se suspenda y en caso de que cambie la EPS o el galeno, se deberá garantizar la calidad. Acorde con lo anterior Salud total asegura que la continuidad del tratamiento se está garantizando, pues se le ha brindado el acompañamiento requerido para tratar la patología.

De acuerdo con lo anterior, asegura que a la menor Sara Sofía se le ha brindado el tratamiento requerido y se le ha garantizado la continuidad del servicio con los médicos pertenecientes a la red de Salud Total; además, insisten en que no se le ha negado ningún servicio, por lo que no hay razón a decir que la EPS le ha vulnerado algún derecho fundamental a la accionante.

a. Recobro del 50% sin evidencia de negación alguna.

Con base en la sentencia C-463 de 2008, el juez de instancia no autorizó el recobro al FOSYGA por el 100%, frente a este aspecto, la EPS precisa que a la menor Sara Sofía no se le ha negado la prestación de ningún servicio, por el contrario, se le ha garantizado la prestación del servicio de salud, razón por la cual no aplica la sanción del recobro.

Debido a las consideraciones anteriores, Salud Total EPS a través de su representante, solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia al quedar demostrado que no existe vulneración a derechos fundamentales. En caso contrario, solicitan que el fallo se modifique en el sentido de que el tratamiento requerido por la paciente sea prestado por los médicos y las IPS adscritas a la red de Salud Total, y autorizar que el recobro ante el FOSYGA se haga por el 100%.

3.4 Segunda Instancia: Sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, de enero 25 de 201132:

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, revocó la sentencia de primera instancia con los siguientes argumentos:

En cuanto a lo que atañe a Salud total EPS, asegura el juez que del análisis de los

documentos obrantes en el proceso se infiere que no hay vulneración a los derechos fundamentales de la niña Sara Sofía Velandia Garzón y procede a sustentar esta afirmación con las siguientes consideraciones:

a) No hay ninguna prueba que muestre que la entidad accionada por acción u omisión, haya generado una situación lesiva para la salud o calidad de vida de Sara Sofía.

Por otro lado, en cuanto al argumento que hace referencia al derecho a la igualdad, considera el juez que no es de recibo, debido a que los menores que son beneficiarios de Salud Total EPS y que reciben el tratamiento en la IPS Surgir se encuentran en situaciones concretas diferentes a la de Sara Sofía; además, la entidad contrató con la IPS Surgir cuando aún no tenía instituciones adscritas que prestaran ese servicio. Las dos hipótesis anteriores son diferentes a las circunstancias que rodean el caso de Sara Sofía, razón por la cual considera que no hay un quebrantamiento al derecho a la igualdad.

Los argumentos anteriormente descritos, son aplicables también para el resuelve, donde se le ordena a Salud Total EPS que le preste atención médica a la niña Sara Sofía con los Doctores Santiago Cruz Zamorano y Jaiber Gutiérrez Gil, con quienes la EPS no tiene ningún tipo de relación laboral.

Acto seguido, el juez asegura que pese a que el accionante afirma que la EPS no le prestó la debida atención médica, dentro del expediente no obra prueba de que algún medicamento, tratamiento, terapia, cirugía, etc., haya sido negado o de que le hubiera tocado acudir a la acción de tutela o a otro mecanismo a fin de conseguir el cumplimiento de la orden emitida por algún galeno; es decir, que del actuar de Salud Total no se puede inferir la intención de eludir sus obligaciones respecto de Sara Sofía.

Finalmente, en cuanto a la exoneración de copagos o cuotas moderadoras, encuentra el juez que no está demostrado que los padres de la menor carezcan de recursos económicos que les impida sufragar dichos gastos. Por el contrario, la EPS informó que el padre de la menor es empleado y que cuenta con un salario que podría rebasar los 6 salarios mínimos, razón por la cual no se justifica esta decisión.

En relación con Coomeva medicina prepagada, considera que la orden que da el juez de realizarle los exámenes a Sara Sofía y después proceder a afiliarla al plan obligatorio de

salud no es factible, pues la medicina prepagada es un servicio que se pacta entre la entidad y el usuario a través de un contrato de adhesión de naturaleza privada, en el que concurre la voluntad de las partes, razones estas por las cuales al juez de tutela no le corresponde entrometerse en este tipo de asuntos y mucho menos obligar a una de las partes a contrariar su voluntad o intereses.

CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del diecisiete de marzo de 2011 de la Sala de Selección de Tutela Número Tres de la Corte Constitucional.

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a esta Corte establecer ¿si la no prestación del servicio en la IPS que el usuario solicita, se constituye en una vulneración por parte de la EPS a los derechos fundamentales de los pacientes?.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala analizará lo siguiente: a) La libertad de las Empresas Promotoras de Salud para contratar su propia red de servicios, el derecho de los usuarios a escoger la Institución Prestadora de Salud (IPS) donde desean ser atendidos y sus respectivas excepciones; b) y el caso concreto.

3. La libertad de las Empresas Promotoras de Salud para contratar su propia red de servicios, el derecho de los usuarios a escoger la Institución Prestadora de Salud (IPS) donde desean ser atendidos y sus respectivas excepciones.

3.1 Legislación y jurisprudencia.

El artículo 153 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 1438 de 2011, en su artículo 3 consagró los principios del sistema general de seguridad social en salud y de manera específica, en el numeral 3.12 definió el principio de la libre escogencia³³, que consiste en que los usuarios tienen la facultad de escoger, en cualquier momento, la Entidad Promotora de Salud (EPS) y las IPS que pertenezcan a su red para que se les preste el servicio de salud.

A su vez, el artículo 156 de la ley 100 de 1993, al hacer referencia a las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, señala en su literal g) lo siguiente:

“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.”

Debido a las consideraciones anteriores el principio de la libre escogencia forma parte de las características del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a su vez es una garantía para los usuarios del mismo y se constituye en un derecho que debe ser garantizado por el Estado; sin embargo, este derecho no es absoluto, sino que contempla algunas limitaciones establecidas por la jurisprudencia.

La sentencia T-688 de 2010 al analizar un caso similar, reiteró lo señalado en la T-010 de 2004, que limitó el derecho a la libre escogencia de IPS indicando que este derecho está supeditado a las condiciones de servicio y de oferta; a su vez, la sentencia T-247 de 2005 estableció que los afiliados tienen el derecho de escoger dentro de la red de servicios ofrecidas por la EPS la IPS en la que desean ser atendidos.

Por otra parte, 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 consideren pertinente, siempre con la obligación de brindarle un servicio integral 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 atendidos³⁴.

Ahora, es importante recordar que cuando se demuestra que la IPS a la que es remitido el

paciente, no cumple con las condiciones de calidad y por la tanto no garantiza integralmente la prestación del servicio de salud, la EPS tiene la obligación de remitirlo a otra donde el paciente reciba el servicio médico requerido³⁵. Caso contrario, cuando el afiliado es remitido a una IPS que cumple con los estándares de calidad y de atención integral, pero el usuario prefiere o desea ser atendido en otra IPS con la cual la EPS no tiene convenio; en esta hipótesis el usuario debe someterse y escoger entre las IPS que tienen convenio o contrato con la EPS³⁶.

3.2 Caso Concreto.

De acuerdo con lo señalado por la ley y por la jurisprudencia de esta Corte, la regla de la libre escogencia, en primer lugar, es inherente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en segundo lugar, es un mandato de doble vía: por un lado, están las EPS que tienen el derecho de manera libre y autónoma a contratar con las IPS y con los profesionales que consideren necesarios con el fin de ofrecerle a sus afiliados una red de servicios completa; y por el otro lado, están los afiliados que tienen el derecho a escoger, dentro de las posibilidades ofrecidas por la EPS, la IPS donde desean ser atendidos.

La jurisprudencia ha establecido excepciones a esta regla: cuando no hay una adecuada prestación del servicio de salud, por un lado, cuando la EPS carece de personal médico adecuado para tratar al paciente, o no tiene contrato con una IPS que preste el servicio requerido por el paciente, o cuando teniendo convenio o contrato vigente el servicio es de mala calidad o no cumple con las expectativas requeridas, la EPS tendrá que contratar con otros galenos o con otra IPS; por otro lado, cuando el afiliado requiera ser atendido por un especialista o necesite de algún servicio médico que es prestado en buenas condiciones de calidad por alguno de los especialistas o de las IPS con las cuales tiene convenio la EPS, deberá escoger entre éstos quién desea que lo atienda o dónde desea ser atendido.

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que en el presente caso, Salud Total EPS le ha prestado todos los servicios ordenados por el médico tratante a Sara Sofía. Sin embargo, su padre manifiesta inconformidad frente a la Fundación Ideal IPS en la que es tratada la niña, pues considera que las terapias de neuro rehabilitación tienen una duración corta, que el personal profesional no está bien capacitado y que las instalaciones físicas no son las más adecuadas, razón por la cual solicita que su hija sea atendida en el Centro de Neuro

Rehabilitación Surgir.

Por el contrario, Salud Total EPS al responder a la acción de tutela manifestó que la Fundación Ideal IPS lleva trabajando en rehabilitación integral más de 45 años, que sus instalaciones son adecuadas y que el personal humano está capacitado para tratar a Sara Sofía; adicionalmente cuenta con el aval de la Asociación Americana de Neurodesarrollo para traer al país los cursos de actualización en el área, y es pionera en el programa especializado en Neurodesarrollo pediátrico y cumple con todos los requisitos exigidos por el Ministerio de la Protección Social³⁷.

Las afirmaciones realizadas por el señor César Javier Velandia Contreras, no tienen sustento, pues en el expediente no obra ningún concepto médico o técnico del que se desprenda que la IPS Ideal no cuenta con las condiciones ni con el personal idóneo para prestar una buena atención, o que las terapias no han cumplido con las expectativas médicas; por el contrario, Salud Total EPS desestimó las afirmaciones realizadas por el accionante, afirmando que la fundación Ideal es idónea para realizar este tipo de tratamientos, razón por la cual cuenta con la aprobación del Ministerio; a su vez, informó que tiene convenio con otras dos IPS que son Impronta y Promover, con el fin que el accionante escoja la IPS que prefiera para que su hija sea atendida.

Debido a lo anterior, la Sala observa que en el presente caso el principio de la libre escogencia se le ha garantizado al accionante, pues la EPS le ha dado la posibilidad de escoger entre 3 IPS para la atención de su hija Sara Sofía. Por lo anterior, esta Corte considera que no hay vulneración al derecho a la salud, por lo que procederá a confirmar el fallo de segunda instancia.

4. Prueba de la incapacidad económica para asumir el costo de elementos que no están incluidos dentro del POS. Reiteración de jurisprudencia

El principio de integralidad en materia de salud está regulado en la Ley 100 de 1993 en diferentes artículos, entre los que encontramos el artículo 238 que contiene todos los principios que rigen el sistema de salud en Colombia; el artículo 15339 que se refiere a las reglas rectoras, entre otras la protección integral que consiste en brindarle a los usuarios atención integral, es decir, con calidad, oportunidad y eficacia en las fases previas, durante y posteriores a la prestación del servicio de salud; y el artículo 15640 que establece las

características del sistema de seguridad social en salud, donde indica que los usuarios tendrán derecho a atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales dentro de un Plan Integral de Protección que es el POS.

Sin embargo, cuando la Corte ha estudiado casos en los que el accionante solicita que se le den medicamentos, tratamientos y elementos que no están incluidos dentro del POS, o la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, ha establecido que al actor le corresponde demostrar la carencia de recursos económicos, es decir su imposibilidad para poder asumir el costo de lo requerido por el paciente.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la manifestación que realizan los accionantes de no contar con los recursos económicos para asumir el costo de lo requerido por el paciente, es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar lo contrario⁴¹.

Así mismo, la sentencia T- 662 de 2008, dijo que cuando se trata de carencia de recursos económicos: “(i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción judicial de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política”.

4.2 Caso Concreto

En el presente caso, el padre de Sara Sofía le solicita al juez de tutela que se le ordene a la EPS que asuma el costo de pañales, zapatos ortopédicos, cremas, aparatos de rehabilitación como caminadores; adicionalmente, que se le otorgue el plan de hospital domiciliario y por último que sea exonerado del cobro de copagos y de cuotas moderadoras. De acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal Constitucional, para que esto le sea autorizado es indispensable que el padre carezca de recursos económicos.

Acorde con lo anterior, el supuesto de falta de recursos en el presente caso no se da; es más, del material probatorio que obra en el proceso y de lo manifestado por el señor César Javier, se evidencia que trabaja en la empresa EPSA E.S.P., y que devenga un salario que le permite asumir el costo de lo solicitado.

Por las razones anteriormente expuestas y por las manifestadas por el juez de segunda instancia, la Sala Segunda de Revisión se confirmará el fallo de segunda instancia en este punto.

5. Razón de la decisión.

La Sala considera que Salud Total EPS no ha vulnerado el derecho fundamental a la salud de Sara Sofía, de acuerdo con la ley y con la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de la libre escogencia consiste en que las EPS, de manera autónoma, decidan con quien contratar o suscribir convenios para conformar una red de servicios que les permita prestar un buen servicio de salud a sus afiliados; y por otro lado, las EPS deben darle la posibilidad a los usuarios de escoger, dentro de las posibilidades ofrecidas por la red de servicios, la IPS en la que desean ser atendidos, lo que no implica que se le pueda imponer a una EPS contratar con una determinada IPS para complacer los deseos del afiliado.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali - Valle, del 25 de enero de 2011, por las razones expuestas en esta providencia.

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

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Secretaria General

- 1 La demanda fue interpuesta el 3 de noviembre de 2010, ver folios 1 al 13 del cuaderno 1.
- 2 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 1 del cuad. 1.
- 3 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 1 del cuad. 1.
- 4 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 2 del cuad. 1.
- 5 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 3 del cuad. 1.
- 6 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 3 y 4 del cuad. 1.
- 7 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 3 del cuad. 1.
- 8 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 3 del cuad. 1.
- 9 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 7 del cuad. 1.
- 10 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 7 del cuad. 1.
- 11 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 8 del

cuad. 1.

12 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 8 del cuad. 1.

13 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 8 del cuad. 1.

14 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 9 del cuad. 1.

15 Afirmaciones realizadas por el accionante en los hechos de la demanda. Folio 9 del cuad. 1.

16 Folios del 41 al 43 del cuaderno 1.

17 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 44 del cuad. 1.

18 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 46 del cuad. 1.

19 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 46 del cuad. 1.

20 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 47 del cuad. 1.

21 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 45 y 59 del cuad. 1

22 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 44 del cuad. 1.

23 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 47 del cuad. 1.

24 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 49 del cuad. 1.

25 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 61 del cuad. 1

26 Respuesta de Coomeva Medicina Prepagada. Folio 80 a 85 del cuad. 1

27 Folios 100 al 121 del cuaderno 1.

29 Impugnación por parte de Coomeva EPS. Folios 135 a 138 del cuaderno 1

30 Impugnación por parte de Salud Total EPS. Folios 203 a 212 del cuaderno 1

31 Cita realizada en la impugnación realizada por Salud Total EPS. Folio 207 del cuaderno 1.

32 Folios 223 al 245 del cuaderno 1.

33 Ley 1438 de 2011, artículo 3, numeral 3.12 Libre escogencia. 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.

34 Sentencia T-238 de 2003 “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).”

35 Sentencia T-688 de 2010 “es importante reiterar que, 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”.

36 Sentencia T-614 de 2003, “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.”

37 Respuesta de Salud Total EPS. Folio 46 del cuad. 1.

38 ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley.

39 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:

3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud.

40 ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

c) Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud;

41 Ver sentencias T-783 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rnetería ; T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.