

Sentencia T-074/17

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Caso en que las personas se encuentran imposibilitadas para actuar por sí mismas

La Corte ha reiterado que la agencia oficiosa debe probarse y demostrar que el titular del derecho amenazado o vulnerado se halla imposibilitado para ejercer su propia defensa, bien sea por incapacidad física o mental. Un tercero puede actuar como agente oficioso de otra cuando esta no se encuentre en condiciones de hacerlo, siempre y cuando dicha circunstancia se manifieste expresamente en el escrito de la tutela, o pueda deducirse de los hechos presentados en el mismo.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Universalidad, eficiencia, solidaridad

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reglamentación por Ley 100/93

El Sistema General de Seguridad Social fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Régimen contributivo y subsidiado

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Naturaleza

USUARIO DEL PLAN ADICIONAL DE SALUD-Libertad para escoger el POS o el PAS

SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional y, actualmente, por el ordenamiento

jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, ya que en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido, conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental.

Referencia: Expediente T-5.826.719

Acción de tutela instaurada por Alcira Zoraida Zuleta Ruíz como agente oficiosa de su hermano Diego Fausto Zuleta Ruiz en contra de la Empresa de Medicina Integral EMI S.A. Servicio de Ambulancia Prepagada.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez, Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela dictado el 30 de junio de 2016 por el Juzgado Catorce Civil Municipal de Oralidad de Medellín al interior del proceso T-5.826.719.

I. ANTECEDENTES

El 17 de junio de 2016, la señora Alcira Zoraida Zuleta Ruiz presentó acción de tutela en calidad de agente oficiosa de su hermano, Diego Fausto Mauricio Zuleta Ruiz, contra la Empresa de Medicina Integral EMI S.A. Servicio de Ambulancia Prepagada (en adelante EMI), invocando la protección de sus derechos fundamentales a la atención integral en salud, presuntamente vulnerados por la demandada.

1. Hechos

1. Relata la agente oficiosa, que el 2 de febrero de 2007 su hermano sufrió un grave accidente que “le ocasionó fracturas de C4 y C5”, por lo que en la actualidad se encuentra cuadripléjico y su estado de salud se deteriora progresivamente.

1. Expone que, con ocasión de la enfermedad, no puede movilizarse de manera independiente, requiere de un asistente permanente y depende económicamente de su familia, la cual, contribuye a su manutención aun cuando cada miembro tiene sus propias cargas que atender.

1. Agrega que en el año 2007 debido a su estado de salud, lo afilió a EMI para que le proporcionara asistencia en los traslados de urgencia que pudiera requerir.

1. Indica que el 27 de abril de 2016 EMI le notificó la desafiliación del señor Diego Fausto Zuleta Ruiz, bajo el argumento de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 806 de 1998, norma según la cual, por encontrarse afiliado al régimen subsidiado en salud y no al contributivo, se halla impedido para contratar planes adicionales de salud. Y, adicionalmente, la agente oficiosa adujo que es “de público conocimiento la crisis que atraviesa SAVIA SALUD, por ello ante una emergencia médica es más que probable que no despache con celeridad una ambulancia medicalizada, como si lo hace EMI”, por lo que, considera que pedir una ambulancia a dicha EPS es casi un intento fallido.¹

1. Manifiesta que la exigencia de encontrarse afiliado al régimen contributivo en salud para poder contratar servicios adicionales, vulnera el derecho a la igualdad de las personas que como su hermano sufren graves enfermedades y no cuentan con los recursos económicos

para sufragarlos.

1. Señala que su hermano ha presentado varios cuadros respiratorios agudos y por ello requiere de un servicio ágil de ambulancia debido a su precario estado de salud. Además, informa que desde el momento en que se encuentra afiliado al servicio -año 2007- siempre ha pagado cumplidamente.

1. De conformidad con lo anterior, la actora solicita inaplicar el artículo 20 del Decreto 806 de 1998 y en consecuencia, se ordene a EMI renovar el servicio de ambulancia prepagada que se contrató desde el año 2007.²

1. La Empresa de Medicina Integral EMI S.A. Servicio de Ambulancia Prepagada, mediante escrito de 22 de junio de 2016 dio contestación a la tutela y solicitó desestimar las pretensiones de la accionante, al considerar que su conducta se encuentra acorde con las exigencias legales vigentes y su deber era requerir como exige la norma, la afiliación al régimen contributivo de la seguridad social para acceder y renovar los servicios adicionales de salud.

1. Decisión de única instancia

1. Mediante sentencia de 30 de junio de 2016, el Juzgado Catorce Civil Municipal de Oralidad de Medellín negó el amparo solicitado por improcedente al considerar que el actor contaba con otros medios ordinarios de defensa y la acción fue presentada como mecanismo principal.³

1. Impugnación

1. La accionante no impugnó la decisión emitida por el Juzgado Catorce Civil Municipal de Oralidad de Medellín.

1. Pruebas

1. Copia de las cédulas de ciudadanía de la señora Alcira Zoraida Zuleta Ruiz y el señor Diego Fausto Zuleta Ruiz (folios 4-5 del cuaderno original de tutela).

1. Copia del oficio de EMI de fecha 27 de abril de 2016 notificando la desafiliación del servicio de ambulancia del señor Diego Fausto Zuleta Ruiz (folios 1-3 del cuaderno original de tutela).

1. Copia de la historia clínica del señor Diego Fausto Zuleta Ruiz (folios 6-9 del cuaderno original de tutela).

II. TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN.

Pruebas y vinculaciones surtidas en sede de revisión

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, esta Corporación decretó pruebas en sede de revisión, mediante auto de fecha 16 de enero de 2017, y resolvió: vincular a la empresa SAVIA SALUD, como entidad promotora de salud para el régimen subsidiado a la cual se encuentra afiliado el señor Diego Fausto Zuleta Ruiz, para que se pronunciara sobre los hechos expuestos en la tutela,

respondiera algunos interrogantes y allegara los documentos que den cuenta de la afiliación del señor Diego a dicha EPS y, ordenar a la señora Alcira Zoraida Zuleta Ruiz que responda algunas preguntas relacionadas con la situación socioeconómica de ella, el agenciado y sus familiares cercanos.⁴

1. Contestación a lo solicitado:

1. La agente oficiosa allegó respuesta a las preguntas solicitadas mediante memorial radicado en esta Corte y a través de correo electrónico recepcionado el 18 de enero de 2017, de los que se destaca lo siguiente:

“[...]

Primero: la suscrita tiene su domicilio en el municipio del Carmen de Viboral del departamento de Antioquia. calle 43C No.26E-21 Barrio Ciudadela la Palma telf.. 419-42-07

DIEGO FAUSTO esta (sic) domiciliado en la carrera 72 #15-20 apartamento 101 barrio Belén estrato 3. La casa que habita es familiar. Por su condición de cuadriplejía hubo que habilitar la vivienda en esta dirección, ya que la vivienda que compartía con el grupo familiar no facilitaba su movilidad, por estar ubicada en un tercer piso y, además la capacidad física de esta vivienda no permite el establecimiento de su grupo familiar.

Segundo DIEGO FAUSTO convive con dos trabajadoras del servicio doméstico, que atienden totalmente sus necesidades ya que es cuadripléjico hace unos diez años. Las trabajadoras son: Olga Helena de Peláez quien labora de miércoles a domingo y es interna y la señora María Celina Velásquez quien trabaja lunes y martes.

Tercero Como dije anteriormente, estas personas son sus cuidadoras y se les paga un salario mínimo mensual, advierto que con la señora María hay un contrato de prestación de servicios, las dos tienen la cobertura de la seguridad social.

Cuarto; Los gastos son aproximadamente de un millón quinientos mil pesos, consistentes en

el pago del salario de las dos trabajadoras, gastos de alimentación y servicios, además tiene un enfermero que va cada 15 días de nombre Carlos Gil quien se requiere para el cambio de sondas y le trata las escaras.

Quinto. Mi hermano DIEGO FAUSTO por su cuadriplejia no puede trabajar, pero recibe una beca que le aporta ingresos mensuales de la fundación "Pintores con la boca y el pie" la fundación es en Suiza cuya sigla es VDMFK le remite 500 francos suizos los que debe dedicar única y exclusivamente para pagar las clases con un profesor de nombre Walter Cadavid, asimismo para la consecución de todos los insumos para su trabajo con la pintura y la producción de los cuadros, cuyos mínimos entregables anuales están establecidos por esta fundación Suiza y que deben ser donados a la misma organización.

Sexto; En cuanto al punto final, de cuántos son los integrantes de la familia, si bien somos 11 hermanos, unos viven en Medellín y otros fuera de la ciudad, cada uno tiene su respectiva carga familiar, por lo que DIEGO FAUSTO depende económicamente del hermano soltero de nombre FABIAN ADOLFO BEETHOVEN ZULETA RUIZ, quien pertenece a la EPS UNISALUD de la Universidad Nacional y que según entiendo, no pudo afiliar como beneficiario a FAUSTO ya que no hay una normativa que permita vincularlo como hermano.

En cuanto la suscrita, es pensionada, está afiliada a la NUEVA EPS pero tiene beneficiario al cónyuge sin embargo en la medida de las posibilidades apporto a la manutención de DIEGO FAUSTO MAURICIO sea de manera económica o en especie.

Anexo los respectivos certificados de las EPS tal como se me solicita.

(...)"

1. De igual manera, esta Corporación consideró necesario vincular a dos entidades promotoras de salud y por ello, mediante auto de fecha 27 de enero de 2017 resolvió vincular a la NUEVA EPS como entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada en calidad de cotizante la señora Alcira Zoraida Zuleta Ruiz, y a la EPS UNISALUD -Unidad de Servicios de Salud de la Universidad Nacional de Colombia, como entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliado el señor Fabián Adolfo Beethoven Zuleta Ruiz, hermano del

agenciado, para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos en la tutela.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Problema jurídico

1. En el asunto objeto de estudio, esta Corporación encuentra que la demandante interpuso acción de tutela para obtener la protección de los derechos fundamentales a la atención integral en salud, presuntamente vulnerados por la accionada al terminar unilateralmente el contrato de servicio de ambulancia pactado.

1. De conformidad con los antecedentes expuestos la Sala debe resolver inicialmente, si:

1. ¿Vulnera una empresa de medicina integral (en este caso EMI) los derechos fundamentales a la salud integral de una persona, al terminar unilateralmente el servicio de ambulancia pactado, bajo el argumento de que la norma exige que el afiliado se encuentre en el régimen contributivo en salud para poder contratar servicios de salud adicionales?

1. De igual forma, atendiendo a los hechos y las pruebas recaudadas en sede de revisión y en virtud de la facultad de fallar ultra y extra petita, esta Corte considera necesario analizar también, el siguiente problema jurídico: 5

1. ¿Vulnera una EPS los derechos a la salud de una persona a quien le niega su vinculación como beneficiario, bajo el argumento de que la norma no contempla la posibilidad de afiliarse en esa calidad a los hermanos del cotizante?

1. Con el fin de dar respuesta a estos interrogantes, esta Corte examinará los siguientes ejes temáticos: (i) procedencia de la agencia oficiosa en materia de tutela, en los casos de personas que se encuentran imposibilitadas para actuar por sí mismas; (ii) procedibilidad de la acción de tutela en materia de salud. Subsidiariedad e Inmediatez; (iii) breve reseña de las normas principales que rigen la prestación de los servicios del sistema de salud, afiliación al régimen contributivo y planes voluntarios de salud. Apartes jurisprudenciales en la materia; (iv) el servicio de transporte en el sistema de salud, y (v) se analizará el caso concreto de conformidad con lo expuesto.

1. Procedencia de la agencia oficiosa en materia de tutela, en los casos de personas que se encuentran imposibilitadas para actuar por sí mismas.⁶

1. La Corte ha reiterado que la agencia oficiosa debe probarse y demostrar que el titular del derecho amenazado o vulnerado se halla imposibilitado para ejercer su propia defensa, bien sea por incapacidad física o mental.

1. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción de tutela puede ser

promovida por el afectado o a quien se amenazan sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí mism[o] o a través de representante”.

1. Esta disposición también permite agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. En efecto reza:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante los poderes se presumirá auténticos.

3.4. En sentencia T-294 de 2004 esta Corte reiteró los elementos requeridos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, así:

“La Corte ha señalado que dos de los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela son: (i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.”⁷

3.5. Finalmente, se concluye que un tercero puede actuar como agente oficioso de otra cuando esta no se encuentre en condiciones de hacerlo, siempre y cuando dicha circunstancia se manifieste expresamente en el escrito de la tutela, o pueda deducirse de los hechos presentados en el mismo.

1. Procedibilidad de la acción de tutela en materia de salud⁸

1. La subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela

1. El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, en consecuencia, su procedibilidad estará supeditada a la inexistencia de otros medios de defensa; a que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la protección de los derechos cuyo amparo se pretende, o, que se busque evitar la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual se concederá de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el asunto por la vía judicial ordinaria.

1. Debe tenerse en cuenta al interior de cada caso concreto, las especiales condiciones en las que pueda encontrarse el actor. Por ejemplo: que la persona interesada sea sujeto de especial protección constitucional o que por su situación socioeconómica o de salud, no sería proporcional exigirle acudir a la otra vía judicial ordinaria para solicitar la protección de su derecho, habida cuenta del tratamiento preferencial que su condición exige.⁹

1. En la sentencia T-427 de 2012, se estudió el caso de una persona que sufría de una discapacidad mental congénita, a la que la administradora de pensiones le había negado la pensión de invalidez, argumentando que la enfermedad era connatural a su nacimiento.

1. La Corte estableció que el demandante no debía agotar el proceso laboral, por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional con ocasión de su estado de salud, no contar con recursos económicos propios y que depender de su madre desde 10 años atrás, quien a su vez era una persona de avanzada edad, padecía varias enfermedades y tan sólo recibía una mesada pensional cercana a un salario mínimo legal mensual.

1. Luego, en la sentencia T-143 de 2013,¹⁰ esta Corporación analizó la acción de tutela interpuesta por una persona que sufría diferentes problemas de salud mental, que llevaron a que perdiera más del 50% de su capacidad laboral. En esa ocasión sostuvo:

“[D]entro de los elementos de análisis utilizados por la Corte para evaluar la eficacia de los medios de defensa judicial en el escenario de las pensiones, se encuentra su nivel de vulnerabilidad social o económica y su condición de salud actual, sin que esta lista pueda considerarse taxativa. Concretamente, si de esos elementos es posible inferir que la carga procesal de acudir al medio ordinario de defensa se torna desproporcionada debido a la condición de la persona que invoca el amparo, porque la extensión del trámite lleve a la persona a una situación incompatible con la dignidad humana, la tutela es procedente”.

1. En aquella oportunidad, concluyó que no resultaba necesario agotar el proceso ordinario, porque el actor atravesaba una grave situación de salud, económica y social que estaba afectando su mínimo vital, debido a que se encontraba acreditada su pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, y no contaba con ninguna fuente de ingresos más allá de la que podía representar la obtención de la pensión de invalidez.

1. En suma, la acción de tutela será procedente siempre que no exista un mecanismo judicial para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas o que existiéndolo no sea idóneo ni eficaz para proveer dicho amparo.

1. La inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción

1. El principio de inmediatez exige que este mecanismo judicial se interponga de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos

fundamentales. Es decir que, pese a no contar con un término de prescripción por mandato expreso de la Carta Política, debe existir necesariamente una correspondencia entre la celeridad natural de la tutela y su interposición justa y oportuna.

1. De este modo, el juez debe verificar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la interposición de la acción es razonable y, en caso de no serlo, debe revisar si existe una razón válida y que justifique la inactividad del demandante. Así, se halla en la obligación de identificar cuándo no se ha interpuesto de manera razonable para evitar que el empleo de este mecanismo afecte la seguridad jurídica y lesione los derechos fundamentales de terceros, o desnaturalice la misma acción.

1. En relación con lo anterior, este Tribunal ha señalado 2 factores que excepcionalmente justifican el transcurso de un lapso prolongado entre la supuesta vulneración del derecho y la fecha de interposición de la acción, así: (i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo en el entendido de que si bien el hecho que la originó es muy antiguo, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto a sus derechos continúa y es actual; y (ii) que la especial situación del actor convierta en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de ejercer los medios ordinarios de defensa judicial.¹¹

1. En este mismo sentido, esta Corte señaló en sentencia T-1028 de 2010¹²:

“Insistentemente ha resaltado esta Corporación que la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con los hechos de cada [asunto] concreto. Es por ello que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso.”

1. En consecuencia, solo atendiendo a las particularidades de cada asunto en estudio, el juez podrá establecer si el tiempo transcurrido desde la amenaza o vulneración del derecho hasta el momento de interposición de la tutela es razonable y da lugar a su procedencia en relación con el requisito de inmediatez.

1. Breve reseña de las normas principales que rigen la prestación de los servicios del sistema de salud, afiliación al régimen contributivo y planes voluntarios de salud. Apartes jurisprudenciales en la materia.

1. El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹³, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁵ y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales¹⁶.

1. Cabe resaltar que son múltiples los instrumentos internacionales que consagran planteamientos dirigidos a la salvaguarda de los derechos de las personas que se hallan en condiciones de discapacidad, al señalar deberes de comportamiento que comprometen tanto al Estado como a las personas, estableciendo parámetros y lineamientos de acción que se dirigen a prevenir la discapacidad y a otorgar la atención requerida desde la perspectiva del derecho a la seguridad social.

1. A partir de lo anterior y con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, la legislación interna ha desarrollado diferentes estructuras normativas dirigidas a regular y proteger efectivamente los derechos de quienes se encuentran en condición de vulnerabilidad, como se evidencia en los artículos 48 y 49 de la Carta Política de Colombia.

1. De conformidad con dicha normativa esta Corte ha definido el derecho a la seguridad social como el “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”.¹⁷

1. En desarrollo de estas normas constitucionales se expidió la Ley 100 de 1993 “por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”, con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas en relación con su salud y su situación económica. Este sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios.

1. Por su parte el artículo 8 de la Ley 100 de 1993 se refiere a la “conformación del sistema de seguridad social integral como el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en [dicha] ley.”

1. En atención a lo descrito, cabe señalar que en materia de seguridad social en salud existen dos regímenes, por lo que, las personas participarán en el servicio en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado, cada uno con características propias y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

1. Al primer tipo pertenece la población con capacidad contributiva y sus beneficiarios, administrado a través de las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.). Al segundo, y en aplicación del principio de solidaridad, se afilia la población sin capacidad contributiva; este

régimen es administrado por las EPS-S. Por último, pertenece también al Régimen de Seguridad Social la población “vinculada”, condición temporal destinada a cubrir a la población pobre y vulnerable y, a sus grupos familiares que no tengan capacidad de cotizar; su administración está confiada a las direcciones locales, distritales y departamentales de salud.

1. El artículo 156 dispone en su literal J) que en aras de asegurar el ingreso de toda la población al sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el fondo de solidaridad y garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad.

1. El régimen subsidiado se define como “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley.”¹⁸

1. En este sentido, el artículo 157 establece en concreto que habrán afiliados al régimen contributivo y al subsidiado de la siguiente manera:

“Artículo. 157.-Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al sistema de seguridad social

Existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud:

1. Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley.

2. Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.¹⁹

B) Personas vinculadas al sistema.

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.”²⁰

1. Ahora, en relación con la afiliación al régimen contributivo de los familiares del cotizante, el artículo 34 del Decreto 806 de 1998 estipulaba²¹:

“Artículo 34. Cobertura familiar. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por:

a) El cónyuge;

b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años;

c) Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado;

d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado;

e) Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan económicamente del afiliado;

f) Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales c) y d) del presente artículo;

g) A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.

Parágrafo. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su congrua subsistencia.”

1. Como complemento, el artículo 40 de esa normativa establecía que si un afiliado cotizante tenía otras personas diferentes a las establecidas que dependieran económicamente de él y fueran menores de 12 años o con un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrían incluirse en el grupo familiar, siempre y cuando pagaran un aporte adicional atendiendo a la edad y el género de la persona de más inscrita en el grupo familiar. Este afiliado sería un cotizante dependiente con los mismos derechos de los beneficiarios.

1. Posteriormente el Decreto 2353 de 201522 modificó la disposición referida sobre quiénes pueden pertenecer al régimen contributivo como beneficiarios, y estableció que “los miembros del núcleo familiar del cotizante de conformidad con lo previsto en el presente decreto, siempre y cuando no cumplan con alguna de las condiciones señaladas en el numeral 34.1 del presente artículo.”²³

1. Así mismo consagró en el artículo 38 la figura del afiliado adicional, en virtud de la cual el cotizante puede afiliar como beneficiario a aquellas personas que tenga a cargo y dependan económicamente de él y se encuentren hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y, no cumplan los requisitos para ser cotizantes o beneficiarios en el régimen contributivo, “de manera que podrán incluirse en el núcleo familiar pagando la UPC correspondiente a su grupo de edad, el per cápita para promoción y prevención, y un valor destinado a la subcuenta de solidaridad equivalente al 10% de la sumatoria del valor de los dos conceptos.”

1. Ahora bien, en virtud del deber del Estado de garantizar la cobertura progresiva del sistema de salud a toda la población, esta Corporación ha señalado que los hermanos de los cotizantes también pueden ser afiliados al servicio de salud en calidad de beneficiarios sin exigirles ningún aporte adicional.

1. Como ejemplo de lo descrito, cabe citar la sentencia T-1054 de 2008, en la que la Corte concluyó que negar la afiliación como beneficiarios en salud de los hermanos de la cotizante, quien tenía la custodia de ellos y se encontraba afiliada como dependiente y con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente, hasta que cancelara una unidad de pago por capitación adicional a sus aportes, vulneraba los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social de los menores. En esa ocasión, la Corte indicó:

“Entonces, si se tiene que (i) los hermanos Maldonado Betancourt son sujetos de especial protección constitucional; (ii) que Olga Lucía Betancourth, hermana de los menores Maldonado Betancourt, tiene su custodia, es decir, es responsable en forma permanente de su cuidado personal y de proporcionarles todo lo que necesitan para su manutención y desarrollo integral; (iii) que el sustento económico de Olga Lucía y de sus menores hermanos, depende de un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$461.500; (iv) que a fin de que sus hermanos reciban la prestación de los servicios de salud contemplados en el P.O.S., debe pagar a Colmédica E.P.S. un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por

Capitación correspondiente a la edad y género de los menores, la cual oscila en \$430.488 para este año; (v) que debido a sus escasos ingresos, no cuenta con los recursos económicos necesarios para cancelar las U.P.C. y los costos adicionales exigidos para la afiliación de sus menores hermanos a dicha E.P.S; (vi) que los menores Maldonado Betancourt no se encuentran afiliados al Régimen Subsidiado, lo que quiere decir que son participantes vinculados del Sistema de salud, y que esta situación es temporal, pues el Estado debe garantizar la cobertura progresiva del Sistema de Salud a toda la población; esta Sala concluye que la decisión de Colmédica E.P.S. de negar la afiliación de los menores Maldonado Betancourt a esa Empresa en calidad de beneficiarios de su hermana Olga Lucía Betancourth, vulnera los derechos fundamentales de los menores a la vida digna, salud y seguridad social.”

1. Por lo anterior, ordenó inaplicar las normas que prevén tal requisito y realizar las actuaciones necesarias para garantizar el derecho al acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de los hermanos de la cotizante, a través de su afiliación a la E.P.S., en calidad de beneficiarios.²⁴

1. En relación con los planes adicionales de salud, el artículo 18 del Decreto 806 de 1998 los definía como el conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. De igual forma, establecía que el acceso a estos planes era de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde brindar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

1. De igual modo, dicha normatividad establecía que el usuario de un PAS podía elegir libre y espontáneamente si acudía al POS o el plan adicional en el momento de tomar algún servicio, teniendo en cuenta que dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden prestarse los siguientes PAS:

“1. Planes de atención complementaria en salud.

2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Parágrafo. Las entidades que ofrezcan planes adicionales deberán mantener su política de descuentos con el usuario mientras éste se encuentre vinculado a la institución, siempre que no se modifiquen las condiciones que dan origen al descuento.”²⁵

1. Dicho Decreto consagraba como requisito para acceder y renovar un PAS, estar afiliado al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya fuera en calidad de cotizantes o beneficiarios. 26

1. Ahora, el Decreto 780 de 2016 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, derogó las referidas disposiciones con los artículos 2.2.4.2, 2.2.4.3 y 2.2.4.4 y desarrolló en términos similares la posibilidad de adquirir planes voluntarios de salud y sus requisitos. Las normas referidas consagran lo siguiente:

“Artículo 2.2.4.2 Definición de planes voluntarios de salud. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

El usuario de un plan voluntario de salud podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el Plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán

condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

Planes de atención complementaria en salud.

Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Parágrafo. Las entidades que ofrezcan planes adicionales deberán mantener su política de descuentos con el usuario mientras éste se encuentre vinculado a la institución, siempre que no se modifiquen las condiciones que dan origen al descuento

Artículo 2.2.4.4 Usuarios de los planes voluntarios de salud. Los contratos de Planes adicionales, solo podrán, celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios.

Las personas de que trata el artículo 279 de la ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan.

Parágrafo. Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del plan voluntario de salud. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida.”

En consecuencia, todas las personas pueden acceder al sistema de seguridad social en salud, tanto como cotizante como beneficiarios o vinculados, y a su vez, contratar planes adicionales de salud siempre y cuando pertenezcan al régimen contributivo, pudiendo elegir si usa el POS o el Plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán

condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

1. El servicio de transporte en el sistema de salud.²⁷

1. El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional y, actualmente, por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, ya que en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido, conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental²⁸

1. Anteriormente este servicio no se encontraba incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud. El párrafo del artículo 2o de la Resolución 5261 de 1994²⁹ señalaba, en forma expresa, que “(...) cuando en el municipio de residencia del paciente no cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria (...)”.

1. A partir de algunos casos, esta Corte advirtió que, si bien el transporte no podía considerarse una prestación de salud, en ciertos eventos en los que, debido a las difíciles y particulares circunstancias económicas en las que se encontraban algunas personas, el acceso efectivo a determinado servicio o tratamiento en salud dependía del costo del traslado.

1. Así, en aplicación del principio de solidaridad social, los jueces de tutela vieron la necesidad de ordenar, de manera excepcional, el reconocimiento y pago del valor

equivalente a los gastos de transporte aunque el mismo no se encontrara incluido dentro del POS, siempre que el paciente y sus familiares carecieran de los recursos económicos necesarios para dichos traslados.

1. Por esta misma línea garantista, más adelante, el Ministerio de Salud y Protección Social reconoció e incluyó tal prestación a través de las Resoluciones 5261 de 1994 y 5521 de 2013 para los regímenes subsidiado y contributivo, estableciéndose que las EPS y EPS-S debían cubrir los gastos de desplazamientos generados por la remisión de un usuario a un lugar distinto de su residencia cuando: (i) se certifique debidamente la urgencia en la atención y (ii) entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, en los eventos en que, por falta de disponibilidad, no se pueda brindar la atención requerida en su lugar de residencia.

1. Adicionalmente, procede el traslado de pacientes cuando su precario estado de salud lo requiera, es decir, cuando el concepto del médico tratante sea favorable para ello. También, si el médico lo prescribe, se incluirá la movilización del paciente de atención domiciliaria.

1. En esta medida, el traslado de los pacientes ambulatorios, también comenzó a cubrirse siempre que se necesitara de un tratamiento incluido en el POS y no se encontrara disponible en el lugar de residencia del afiliado.

1. Bajo ese entendido, se dispuso que el servicio de transporte y de traslado de pacientes hacen parte de los contenidos del POS, tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado, considerando que se trata de una prestación claramente exigible y de la cual depende, en algunos casos, el goce efectivo del derecho fundamental de la salud del paciente.

1. En línea con los anteriores precedentes normativos, este Tribunal Constitucional ha sido enfático en sostener que resulta desproporcionado imponer cargas económicas de traslado a personas que no pueden acceder a un determinado servicio relacionado con la salud, por carecer de los recursos económicos. En efecto, “nace para el Estado la obligación de suministrarlos, sea directamente, o a través de la entidad prestadora del servicio de salud (...) para los efectos de la obligación que se produce en cabeza del Estado, es indiferente que el afectado se encuentre en el régimen contributivo o subsidiado”. 30

1. Por su parte, la Resolución 6408 de 2016, “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)” estableció que se cubrirá el traslado acuático, aéreo y terrestre de los pacientes, en los siguientes casos:

“1. Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.”

1. Ahora bien, en cuanto a la capacidad económica del afiliado esta Corte ha señalado que cuando este afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no.³³

1. Pueden presentarse casos en que el paciente necesita ser asistido por un tercero en razón

de su estado de salud o como ocurre en el caso de las personas de avanzada edad, de los niños, de las personas en condición de discapacidad. En ese orden, “si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”³⁴ [y que] ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado³⁵ la EPS adquiere la obligación de sufragar también los del acompañante.

1. A la luz de lo expuesto, en sentencia T-760 de 2008 esta Corte afirmó que, “[s]i bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en donde habita no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”.

1. En la sentencia T-391 de 2009 se estudió el caso de la madre de un menor de dos años y medio de edad que padecía síndrome de down, a quien la EPS negó el reconocimiento de los costos de transporte en que ella debía incurrir para llevar a su hijo al lugar en el que le practicaban el tratamiento integral dispuesto por el médico. Al respecto esta Corporación señaló lo siguiente:

“Así, los supuestos que permiten concluir el deber de proveer el traslado de pacientes en casos no comprendidos en la legislación pueden ser resumidos de la siguiente manera: (i) el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1° y 11 del Texto Constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los

elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida digna (ii) el paciente o sus familiares carecen de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genera riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente, la cual incluye su fase de recuperación.”

1. En la misma dirección, en la sentencia T-636 de 2010, se resolvió el caso de una señora que carecía de recursos económicos para sufragar los gastos de llevar a las terapias que le fueron ordenadas a su hijo menor, quien padecía parálisis cerebral, las cuales se le practicaban en el mismo municipio donde residía. En esa oportunidad, indicó:

“En esos términos se encuentra establecido que por vía de tutela se puede impartir la orden para que la empresa prestadora del servicio de salud cubra el transporte, ya sea urbano o de una ciudad a otra, del afiliado y de un acompañante, cuando el paciente lo requiera, de forma que pueda recibir oportunamente los servicios médicos asistenciales”.

1. En ese caso otorgó el amparo solicitado y ordenó a la entidad promotora de salud que autorizara el pago del valor del transporte urbano, o en su defecto suministrara al menor y a un acompañante dicho servicio en aras de garantizar el desplazamiento al centro médico correspondiente para recibir las terapias ordenadas.

1. En la Sentencia T-1158 de 2011, se analizó el caso de una niña de 10 años de edad, con una incapacidad de 84.9%, que le impedía la locomoción y el acceso a los centros médicos en los cuales le realizaban las fisioterapias que eran indispensables para evitar que su estado de salud se agravara, empero la EPS negó el servicio de transporte en ambulancia que requería para asistir a sus citas. En esa oportunidad señaló lo siguiente:

“No existe accesibilidad si se programan, como en el caso materia del presente fallo, sesiones de fisioterapia, pero no se facilita la llegada e ingreso al sitio donde se va a efectuar tal tratamiento. Ordenar una fisioterapia, pero al mismo tiempo obstaculizar su práctica,

afecta la seguridad social integral, que incluye, como es lógico, la accesibilidad a la atención. La obligación de acudir a un tratamiento corresponde en primer lugar al paciente y a su familia. Pero, si se trata de un inválido y además de un niño y si la familia no tiene recursos para contratar un vehículo apropiado, no tiene explicación que no se preste el servicio de ambulancia por parte de la correspondiente EPS. (...) No es aceptable exigirle a un niño inválido, con 84.9% de incapacidad, que tome transporte público para ir y venir a las sesiones de fisioterapia. Las dificultades son enormes y las secuelas, al usar tal medio de transporte público, pueden ser catastróficas.”

1. En este asunto revocó la sentencia de instancia y ordenó a la entidad demandada brindar el servicio de ambulancia a la menor de edad.

1. En otra providencia, esta Corporación estudió el caso de una persona de 60 años de edad con insuficiencia renal crónica a quien la EPS le negó el suministro de transporte para asistir a su tratamiento de hemodiálisis tres veces a la semana. La Corte concedió el amparo bajo el argumento de que el auxilio de transporte tiene como finalidad eliminar barreras que surgen para recibir los servicios de salud cuando no se cuenta con recursos económicos y el desplazamiento se hace necesario para acceder a los mismos.³⁶

1. En la sentencia T-739 de 2011³⁷ este Tribunal reiteró que si bien el transporte no es una prestación médica propiamente dicha, para acceder a los servicios de salud, puede ser necesaria para que el paciente se traslade de un lugar a otro. De esta manera, señaló que la EPS será la encargada de cubrir esos costos cuando ni el paciente ni sus familiares cuenten con los recursos económicos para ello, y cuando de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida o integridad del paciente.

1. En suma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, independientemente de que los traslados sean en la misma ciudad, interinstitucionales o intermunicipales, dirigidos a la

práctica de procedimientos médicos o a la prestación de algún servicio del cual no dispone la IPS remitente, en un inicio el costo de los mismos corresponderá al paciente y sus familiares. Sin embargo, en casos especiales, como lo es cuando los municipios o departamentos remitentes reciban una UPC adicional y cuando se evidencien circunstancias de vulnerabilidad económica y debilidad manifiesta del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el acceso a los servicios de salud autorizados a los usuarios³⁸.

1. Ahora bien, la sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el estudio de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Salud, sostuvo, respecto de los servicios que, sin ser estrictamente de salud, son medios necesarios para atender situaciones relacionadas con tal derecho fundamental, tal como el servicio de transporte, lo siguiente:

“En lo concerniente al párrafo del artículo 80, se tiene que define como tecnología o servicio de salud, lo ‘directamente relacionado’ con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Además, preceptúa que los servicios de carácter individual que ‘no estén directamente relacionados’ con el tratamiento, podrán ser financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías en salud, cuando no se tenga capacidad de pago.

Este enunciado legal implica una restricción al acceso efectivo al derecho. Reparos sobre el mismo se observan en varias intervenciones, en las cuales, se avisa que dicho precepto podría comprometer la prestación de servicios usualmente discutidos en sede de tutela, tal es el caso de los pañales, las prótesis, el financiamiento de transportes, etc....

No sobra anotar que si se proscribiese la condición del vínculo directo con el tratamiento para permitir el financiamiento y, consecuentemente, el acceso al servicio: continuarían las restricciones indefinidas en contravía de los mandatos constitucionales que garantizan efectivamente el derecho. Para la Corporación, el derecho fundamental a la salud tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías y que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas, de lo contrario, se hace nugatoria la realización efectiva del mismo. ” (Subrayas fuera del texto original)

1. Así, esta Corporación, ha sostenido que determinados servicios, que no se constituyen, específicamente, como prestaciones de salud, pueden convertirse en un obstáculo para salvaguardar el derecho fundamental aludido y, en ese caso, tal requerimiento debe ser garantizado por el sistema

1. De conformidad con lo expuesto, se advierte que el transporte es un servicio cubierto por el POS que, pese a no contar con una naturaleza médica, constituye un medio para garantizar el acceso al tratamiento que requiera la persona.

1. En síntesis, el juez de tutela debe evaluar, en cada situación en concreto, la pertinencia, necesidad y urgencia del suministro de los gastos de traslado, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar y, en caso de ser procedente, recobrar a la entidad estatal los valores correspondientes.

Atendiendo las circunstancias fácticas descritas y los elementos de juicio plasmados en esta parte considerativa, la Sala entrará a decidir el caso concreto.

1. Análisis del caso concreto

Para resolver el caso concreto, esta Corte analizará los interrogantes planteados, a saber:

¿Vulnera una empresa de medicina integral (en este caso EMI) los derechos fundamentales a la salud integral de una persona, al terminar unilateralmente el servicio de ambulancia pactado, bajo el argumento de que la norma exige que el afiliado se encuentre en el régimen contributivo en salud para poder contratar servicios de salud adicionales?

¿Vulnera una EPS los derechos a la salud de una persona a quien le niega su vinculación como beneficiario, bajo el argumento de que la norma no contempla la posibilidad de afiliarse en esa calidad a los hermanos del cotizante?

1. Procedencia. En primer lugar, cabe advertir como se estudió en la parte considerativa de esta sentencia, que la agencia oficiosa procede cuando el titular de los derechos que se encuentran amenazados o vulnerados no esté en condiciones de promover su propia defensa, como en efecto le sucede al señor Diego Fausto Zuleta quien se encuentra en estado de cuadriplejía y por ende depende de las personas que lo cuidan, según informó la agente oficiosa, dos señoras y un enfermero que le asiste cada 15 días para cambiar sus sondas y tratar sus escaras.

1. En el caso que se revisa el juez de instancia negó el amparo solicitado por improcedente al considerar que el actor contaba con otros medios ordinarios de defensa y la acción fue presentada como mecanismo principal.³⁹

1. A diferencia de la decisión de instancia referida, esta Sala considera que las especiales circunstancias personales, de salud y socioeconómicas del agenciado exige que la protección de sus derechos sea inmediata, razón por la cual remitirlo a la jurisdicción ordinaria podría poner en riesgo sus derechos fundamentales, como se expondrá a continuación.

1. Se evidencia que el señor Diego Fausto Zuleta (i) es un sujeto de especial protección constitucional, ya que se encuentra en situación de discapacidad, al sufrir de cuadriplejia; (ii) cuenta con 53 años de edad; (iii) con ocasión del accidente sufrido el 2 de febrero de 2007 quedó cuadripléjico y por ello no puede desempeñar ninguna actividad por si solo por lo que depende de las personas que se encargan de su cuidado; (iv) no tiene una fuente de ingresos propia toda vez que no trabaja ni percibe pensión por concepto de vejez o invalidez (v) recibe una beca que le aporta ingresos mensuales de la fundación “Pintores con la boca y el pie” la cual se encuentra ubicada en Suiza y le transfiere 500 francos suizos que debe destinar única y exclusivamente a pagar las clases de pintura con un profesor; y (vi) en la actualidad vive en una casa al cuidado de dos señoras, una interna y otra que lo asiste lunes y martes.

1. En atención a las circunstancias personales del agenciado, la Sala estima que exigir agotar el proceso ordinario, podría implicar un menoscabo de sus derechos fundamentales a la atención integral en salud, en tanto no se encuentra en capacidad de garantizarse autónomamente el cubrimiento de sus necesidades básicas, para mantener una vida en condiciones dignas y además, podría configurarse un perjuicio irremediable teniendo en cuenta que ha padecido varios cuadros respiratorios agudos, por lo que requiere una solución pronta en relación con la prestación del servicio de ambulancia.

1. Inmediatez. Esta Sala de Revisión considera que el tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho vulnerador -notificación de la terminación unilateral del contrato de servicio de ambulancia- y la presentación de la acción de tutela por parte de los demandantes no es desproporcionado, toda vez que el 27 de abril de 2016, EMI le notificó a la señora Alcira Zuleta la desafiliación del señor Diego Fausto Zuleta Ruiz y, el 17 de junio de 2016, fue interpuesto el amparo constitucional, es decir, dentro de los dos meses siguientes.

1. En consecuencia, atendiendo a lo descrito, se considera que el requisito de inmediatez también se cumple y ello da lugar a declarar la procedencia de la acción de tutela objeto de este pronunciamiento.

1. En relación con el primero de los asuntos planteados, esta Corte encuentra que EMI no vulneró los derechos fundamentales a la salud integral del agenciado, el señor Diego Fausto Zuleta, al terminar de forma unilateral el contrato de servicio de ambulancia al que lo afilió su hermana para trasladarlo a los centros médicos, como se explica a continuación:

1. En efecto, el agenciado, el señor Diego Fausto Mauricio Zuleta Ruiz, es una persona de 53 años de edad, que tuvo un accidente el 2 de febrero de 2007 y con ocasión del mismo quedó en estado de cuadriplejía, razón por la cual su hermana lo afilió al servicio de traslado en ambulancia que presta EMI para cuando le fuese necesario movilizarse a los centros

médicos.

1. El 27 de abril de 2016 la entidad demandada, EMI, notificó la desafiliación del señor Diego Fausto Zuleta Ruiz, bajo el argumento de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 806 de 1998, norma según la cual, por encontrarse afiliado al régimen subsidiado en salud y no al contributivo, se halla impedido para contratar planes adicionales de salud.

1. En el caso bajo estudio, el agenciado se encontraba afiliado al régimen contributivo al momento de contratar los servicios de EMI, los cuales le fueron prestados continuamente y sin interrupción desde el 12 de marzo de 2007.

1. No obstante lo anterior, el 4 de agosto de 2012 se trasladó al régimen subsidiado en salud, razón por la cual el 27 de abril de 2016 EMI les notificó la terminación del contrato, bajo el argumento de no cumplir con el requisito exigido por la norma para la renovación del mismo, a saber, encontrarse afiliado al régimen contributivo⁴¹, por lo que, en efecto, concluye esta Corte que EMI actuó de conformidad con la normatividad vigente en la materia por ende no vulneró ninguno de los derechos fundamentales invocados.

1. En relación con el segundo problema jurídico planteado, dirigido a establecer si una EPS vulnera los derechos a la salud de una persona a quien le niega su vinculación como beneficiario, bajo el argumento de que la norma no contempla la posibilidad de afiliar en esa calidad a los hermanos del cotizante, esta Corte encuentra lo siguiente:

1. Se evidencia que la agente oficiosa señala -sin que exista prueba de que esta solicitud se haya elevado formalmente-, que Fabián Adolfo Beethoven Zuleta Ruiz, hermano de ella y del

agenciado, no pudo afiliar como beneficiario a este último, toda vez que su EPS, UNISALUD, indicó que “no hay una normativa que permita vincularlo como hermano”.⁴² De igual manera la agente oficiosa manifiesta no haber podido afiliar como beneficiario en salud a la NUEVA EPS a su hermano.

1. Ahora, el Decreto 2353 de 2015⁴³ reguló que pueden pertenecer al régimen contributivo como beneficiarios, “los miembros del núcleo familiar del cotizante de conformidad con lo previsto en el presente decreto, siempre y cuando no cumplan con alguna de las condiciones señaladas en el numeral 34.1 del presente artículo.”⁴⁴

1. A su vez, el artículo 38 consagra la figura del afiliado adicional, en virtud de la cual el cotizante puede afiliar como beneficiario a aquellas personas que tenga a cargo y dependan económicamente de él y se encuentren hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y, no cumplan los requisitos para ser cotizantes o beneficiarios en el régimen contributivo, “de manera que podrán incluirse en el núcleo familiar pagando la UPC correspondiente a su grupo de edad, el per cápita para promoción y prevención, y un valor destinado a la subcuenta de solidaridad equivalente al 10% de la sumatoria del valor de los dos conceptos.”

1. En este sentido, los hermanos del cotizante al encontrarse dentro del cuarto grado de consanguinidad y que no cumplan con los requisitos exigidos por la norma, como en este caso, para afiliarse al régimen contributivo como cotizantes, pueden incluirse en el núcleo familiar pagando la UPC correspondiente a su grupo de edad y en ese sentido afiliarse como beneficiarios.

1. Así mismo, se ordenará a la NUEVA EPS, entidad a la que se encuentra afiliada en calidad de cotizante la agente oficiosa, la señora Alcira Zoraida Zuleta Ruiz, para que dentro de las 72 horas siguientes a la presentación de la solicitud de afiliación de Diego Fausto Mauricio

Zuleta Ruiz a esa EPS en calidad de beneficiario en salud en el régimen contributivo, autorice la misma. De igual forma se ordenará a EMI que, renueve el contrato del servicio de ambulancia que había pactado con la señora Alcira Zoraida en las mismas o mejores condiciones en las que se encontraba inscrito con anterioridad, de llegar a elevarse dicha solicitud, previa verificación de la afiliación del señor Zuleta al régimen contributivo en salud.

1. En este punto, cabe recalcar que, aunque el servicio de transporte sea contratado de forma particular por los usuarios del sistema de salud, siguen siendo las EPS las encargadas de prestarlo en los casos estipulados por la ley, por lo que, estas no pueden exonerarse de dicha obligación argumentando que no tienen los recursos económicos, ni es dable, como en el caso en estudio, que la accionante asuma que SAVIA SALUD no prestará el servicio por encontrarse en una situación económica gravosa.

1. Ahora bien, cabe advertir que no se haya prueba de que la accionante hubiese requerido a la EPS SAVIA SALUD el servicio de ambulancia medicalizada para su hermano y que esta lo haya negado, por lo que no es aceptable que manifieste que es “de público conocimiento la crisis que atraviesa SAVIA SALUD, por ello ante una emergencia médica es más que probable que no despache con celeridad una ambulancia medicalizada, como si lo hace EMI”, y por tanto asumir que pedirle el servicio es casi un intento fallido. Así las cosas, es preciso concluir que no hay evidencia en el expediente de que la EPS SAVIA SALUD haya trasgredido el derecho a la salud del agenciado en relación con el servicio de ambulancia.

1. No obstante lo anterior, la Sala encuentra necesario adoptar las medidas necesarias para garantizarle al agenciado el acceso al servicio de ambulancia, teniendo en cuenta que, en el sub examine, se reúnen los requisitos jurisprudenciales para tal efecto, siendo menester recordarle a la EPS que se halla en la obligación de entregar al paciente los servicios de transporte requeridos, atendiendo a su especial situación socioeconómica y de salud, de conformidad con los parámetros planteados por esta Corte.

1. En ese orden, se exhortará a la EPS SAVIA SALUD para que, en caso de que el señor Diego Fausto Zuleta Ruiz solicite o requiera la prestación del servicio de ambulancias medicalizadas, atienda su petición de forma inmediata.

1. Lo afirmado en razón a la condición de cuadriplejía y a los cuadros respiratorios que ha presentado el agenciado, por los que requiere de una atención médica inmediata cuando los padece, lo cual implica que sus traslados a un centro médico, sean supervisados por especialistas de la salud en un medio de transporte adecuado -una ambulancia medicalizada-

1. De igual modo, se advierte que, pese a que en el asunto sub examine no existe orden médica, en atención a las especiales circunstancias que rodean el caso, se tiene que el paciente necesita el transporte en ambulancia para recibir la atención médica que su estado de salud pueda demandar durante su traslado a un centro asistencial.

1. En relación con este punto, estima la Sala que todo trámite administrativo que a futuro se imponga para la prestación del servicio de ambulancia al agenciado puede constituir una barrera para el goce efectivo de sus derechos fundamentales, por ende, en aras de (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a la agente oficiosa la interposición de nuevas acciones de tutela para solicitar la prestación del mismo⁴⁵, se torna imperioso que la atención de sus enfermedades sea integral, lo que comporta necesariamente la asistencia de una ambulancia medicalizada cuando así lo requiera para trasladarse a los centros médicos.

1. Así las cosas, de conformidad con los anteriores planteamientos, esta Sala confirmará la decisión adoptada en sentencia de 30 de junio de 2016, emitida por el Juzgado Catorce Civil

Municipal de Oralidad de Medellín, mediante la cual negó el amparo solicitado por improcedente, pero por las razones expuestas en este proveído.⁴⁶

1. Sin embargo, en aras de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales del agenciado, la adicionará en el siguiente sentido:

i. Ordenará a la NUEVA EPS, entidad a la que se encuentra afiliada en calidad de cotizante la agente oficiosa, la señora Alcira Zoraida Zuleta Ruiz, para que dentro de las 72 horas siguientes a la presentación de la solicitud de afiliación de Diego Fausto Mauricio Zuleta Ruiz a esa EPS en calidad de beneficiario en salud en el régimen contributivo, autorice la misma;

i. Ordenará a la Empresa de Medicina Integral EMI S.A. Servicio de Ambulancia Prepagada, que, dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud de afiliación o renovación del servicio de ambulancia contratado para el señor Diego Fausto Mauricio Zuleta Ruiz autorice la misma; previa verificación de que el beneficiado se encuentra afiliado en régimen contributivo.

i. Exhortará a SAVIA SALUD EPS para que preste los servicios de transporte requeridos por el señor Diego Fausto Zuleta Ruiz y en consecuencia, atienda las solicitudes de servicio de ambulancia medicalizada demandadas por él.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia proferida el 30 de junio de 2016 por el Juzgado Catorce Civil Municipal de Oralidad de Medellín al interior del proceso T-5.826.719, mediante la cual negó el amparo solicitado por la señora Alcira Zoraida Zuleta Ruiz como agente oficiosa de su hermano Diego Fausto Zuleta Ruiz. En su lugar, AMPARAR el derecho fundamental a la seguridad social del señor Diego Fausto Zuleta Ruiz en el siguiente sentido:

Segundo.- Ordenar a la NUEVA EPS, entidad a la que se encuentra afiliada en calidad de cotizante la agente oficiosa, la señora Alcira Zoraida Zuleta Ruiz, para que dentro de las 72 horas siguientes a la presentación de la solicitud de afiliación de Diego Fausto Mauricio Zuleta Ruiz a esa EPS en calidad de beneficiario en salud en el régimen contributivo, autorice la misma.

Tercero.- Ordenar a la Empresa de Medicina Integral EMI S.A. Servicio de Ambulancia Prepagada, que, dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud de afiliación o renovación del servicio de ambulancia para el señor Diego Fausto Mauricio Zuleta Ruiz autorice la misma; previa verificación de que el beneficiado se encuentra afiliado en el régimen contributivo.

Cuarto.- Exhortar a SAVIA SALUD EPS para que preste los servicios de transporte requeridos por el señor Diego Fausto Zuleta Ruiz y en consecuencia, atienda las solicitudes de servicio de ambulancia medicalizada demandadas por él.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ambulancia medicalizada: Unidad de traslado de pacientes equipada con alta tecnología y capacidad de respuesta en situaciones de extrema gravedad y urgencia.
<http://cem.comeva.com.co/publicaciones.php?id=20926>

Savia Salud es una Entidad Promotora de Salud para el régimen subsidiado.
<http://saviasaludeps.com/quienes-somos> .

2 “Artículo 20. Usuarios de los PAS. Los contratos de planes adicionales, sólo podrán celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios.

Las personas de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan.

Parágrafo. Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida.”

4 “Artículo 64. Pruebas en revisión de tutelas. Con miras a la protección inmediata y efectiva

del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General.

En el evento de decretar pruebas, la Sala respectiva podrá excepcionalmente ordenar que se suspendan los términos del proceso, cuando ello fuere necesario. En todo caso, la suspensión no se extenderá más allá de tres (3) meses contados a partir del momento en que se alleguen las pruebas, salvo que por la del asunto, el interés nacional o la trascendencia del caso, sea conveniente un término mayor, que no podrá exceder de seis (6) meses, el cual deberá ser aprobado por la Sala de Revisión, previa presentación de un informe por el magistrado ponente.”

5 Ver sentencia T 464 de 2012. Existe la posibilidad de que las autoridades judiciales ordenen la protección de uno o más derechos fundamentales que se encuentren presuntamente conculcados, aun cuando el demandante no lo haya solicitado expresamente al interior de la tutela. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que atendiendo a la naturaleza del caso en concreto, el juez no debe “circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales”. De manera que, en alguna ocasiones no solo procede sino que se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita, toda vez que, lo contrario, sería evidenciar una posible amenaza o vulneración de un derecho fundamental y permitir la misma bajo el argumento de que el peticionario no invocó el amparo expresamente. Revisar también en este mismo sentido, las sentencias T-445A de 2015 y T-325 de 2016 entre otras.

2.6.2. En conclusión, del estudio del caso concreto el juez de tutela puede fallar extra o ultra petita, si de los hechos que dieron origen al amparo se deriva la vulneración de un derecho fundamental diferente al alegado.

6 Sentencia T-668 de 2010.

7 Ver también sentencias T-111 de 2013, T-716 de 2014 entre otras.

8 Ver sentencia T-483 de 2014.

9 Al respecto esta Corporación ha indicado: “[C]uando la reclamación pensional se concreta en el reconocimiento de una pensión por invalidez, la jurisprudencia constitucional ha considerado que se trata de un derecho fundamental per se, susceptible de protección por vía del amparo constitucional, particularmente por coincidir dos elementos fundamentales: (i) por una parte, la calidad del sujeto que la reclama. Es claro que las circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta de una persona declarada inválida, hacen necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando de esa manera la garantía y respeto de derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros; (ii) En segundo lugar, porque la importancia de tal reconocimiento radica en el hecho de que en la gran mayoría de los casos, esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona y su grupo familiar dependiente para sobrellevar su existencia en condiciones más dignas y justas”.

10 Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela, la Sala Primera de Revisión consideró que “al contrastar los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para habilitar la interposición de la acción de tutela en procesos relacionados con el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, con las particularidades del caso concreto, la Sala Primera de Revisión aprecia que el señor Fernando Calderón Aldana acudió al mecanismo adecuado para tramitar sus pretensiones. En primer lugar, es evidente que la condición económica y social del accionante es delicada y grave, en razón de que se encuentra incapacitado para trabajar ya que acredita una pérdida de la capacidad laboral del cincuenta y siete punto cuarenta por ciento (57.40%), según lo certificó Seguros de Vida Alfa S.A. A esto se suma que la única fuente de recursos frente a la cual puede tener una expectativa cierta y real que es la pensión de invalidez, cuyo reconocimiento se invoca en este proceso, se encuentra en suspenso y su solicitud ha sido denegada, debido no solo a la postura asumida por la administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A., sino a la expuesta por los jueces de instancia en las providencias que ratificaron tal negativa, motivo por el que el actor no tiene la forma de asumir sus gastos convencionales con los que pueda sortear sus necesidades básicas. Tal situación le permite reflexionar a la Corte en que someter al señor Calderón Aldana a que acuda a la jurisdicción ordinaria para solicitar el reconocimiento de su prestación, constituiría una carga desproporcionada para una persona que sufre una enfermedad degenerativa, como lo es la esquizofrenia esquizo-afectiva,

trastorno depresivo severo y síndrome neuroléptico maligno. Ese conjunto de elementos de juicio le permiten a la Sala concluir que en este proceso existen razones suficientes para considerar que la acción de tutela es procedente”. En esta ocasión, la Corte concluyó que Porvenir S.A. vulneró los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, al negarle la pensión de invalidez sin contabilizar sus aportes efectuados luego de la fecha de estructuración dictaminada, ya que puede establecerse con las pruebas obrantes en el expediente que la pérdida de capacidad laboral se perfeccionó en una fecha posterior.

11 Ver Sentencias T-1110 de 2005, T-158 de 2006, T- 429 de 2011, T-998 de 2012, SU-158 de 2013, T-521 de 2013 y T-890 de 2014, entre muchas otras.

12 En esta sentencia se discutía la negativa del acceso a la pensión de sobrevivientes de una mujer. La Corte consideró que debía efectuarse un análisis flexible de la inmediatez, a partir de (i) el carácter permanente y actual de la violación alegada; (ii) la edad de la peticionaria; y (iii) su situación de vulnerabilidad económica. En aquella oportunidad, este Tribunal Constitucional sostuvo que a pesar de haberse presentado la tutela después de 32 meses del hecho vulnerador: “La finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata, como se logra ver en el presente caso.” Por lo que concluyó que “el término transcurrido no resulta demasiado prolongado de modo tal que afecte los derechos de terceros, la seguridad jurídica o convierta la tutela en un premio a la desidia de la peticionaria quien por varios años ha luchado por obtener el reconocimiento de su pensión ante la justicia ordinaria.” En este mismo sentido, en sentencia T- 145 de 2013 esta Corporación se pronunció sobre la situación de un ciudadano a quien se le negó la acción de tutela presentada para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, por haber dejado transcurrir 11 meses desde el momento del hecho generador de la vulneración. La Corte concedió el amparo y para ello sostuvo que el tiempo transcurrido para interponer la acción de tutela estaba justificado en tanto (i) el presente asunto estaba relacionado con una presunta vulneración permanente y actual del derecho fundamental a la seguridad social y (ii) el actor había demostrado ser diligente en el agotamiento de los mecanismos administrativos y judiciales para obtener su derecho.

13 Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad

social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

14 “Artículo 9º: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

15 “Artículo 16: Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”

16 “Artículo 9º. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

17 Sentencia T-1040 de 2008.

18 Artículo 211 de la ley 100 de 1993.

19 Texto corregido en los términos de la Sentencia C-458-15. Se reemplaza el término discapacitados por la expresión personas en situación de discapacidad.

20 De igual forma lo establece el artículo 25 del Decreto 806 de 1998. “Afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Son afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado y los vinculados temporalmente según lo dispuesto en el presente decreto.

La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es obligatoria y se efectuará a

través de los regímenes contributivo y subsidiado. Temporalmente, participará dentro del sistema la población sin capacidad de pago que se encuentre vinculada al sistema.”

21 Derogado por el artículo 89 del Decreto 2353 de 2015 mediante el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud.

22 “Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud.”

23

24 En sentencia T-520 de 2013 esta Corte estudió el caso de una menor de trece años de edad que se encontraba afiliada a la EPS en el régimen contributivo como beneficiaria adicional de su hermano. La niña fue diagnosticada de parálisis cerebral espástica, secuelas de meningitis e hipoxia perinatal, retardo mental moderado, cuadriplejia, escoliosis secundaria, astigmatismo, entre otros, por lo cual ha requerido de un tratamiento médico integral y permanente. Este caso pone en evidencia la posibilidad de que los hermanos afilien como beneficiarios a sus hermanos que dependen de ellos.

25 Artículo 19 del Decreto 806 de 1998.

26 También establecía el artículo 20 de dicho Decreto:

“(…) Las personas de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan.

Parágrafo. Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del

sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida.”

27 Confrontar sentencias T-002 de 2016 y T-597 de 2016. Ver también sentencias T-842 de 2011, T-173 de 2012, T-708 de 2012, T-116 A de 2013, T-339 de 2013, T-567 de 2013 y T-155 de 2014, entre otras.

28 Ver sentencia T-760 de 2008, T-352 de 2010 y T-002 de 2016, entre otras.

29 “Por el cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

30 Sentencia T-002 de 2016.

31 Sentencia T-039 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

32 Sentencia T-154 de 2014

33 Ver Sentencia T-048 de 2012.

34 Sentencia T-154 de 2014

35 Sentencia T-459 de 2007

36 Sentencia T-523 de 2011. Ver también sentencias T-975 de 2006, T-511 de 2008, T-636 de 2010, T-085 de 2011, T-212 de 2011, T-233 de 2011, T-067 de 2012, T-073 de 2012, T-440 de 2012, T-524 de 2012, T-566 de 2012, T-652 de 2012, T-655 de 2012, T-655 de 2012, T-926 de 2012, T-033 de 2013, T-073 de 2013, T-111 de 2013, T-161 de 2013, T-206 de 2013, T-337 de 2013, T-560 de 2013, T-656 de 2013, T-671 de 2013, T-679 de 2013, T-745 de 2013, T-780 de 2013, T-920 de 2013, T-930 de 2013, T-154 de 2014, T-155 de 2014, T-196 de 2014, T-216 de 2014, T-266 de 2014, T-742 de 2014, T-659 de 2014 y T-056 de 2015, entre muchas otras.

37 En este caso, la Corte analizó la situación de una madre cuyos dos hijos sufrían de parálisis cerebral y otras enfermedades, lo que no les permitía movilizarse por sus propios medios, por lo que es ella quien debe asistirlos en todo momento, toda vez que no cuenta

con recursos económicos para que otra persona lo haga. La señora solicitó a la EPS a la que se encuentran afiliados los menores le suministraran el servicio de una enfermera que ayudara a cuidar la salud de sus hijos y el servicio de transporte para poder asistir a sus citas médicas. La Corte señaló lo siguiente: “La Sala encuentra que en principio corresponde al paciente y a sus familiares el transporte y desplazamiento para atender las citas médicas, exámenes o tratamientos, al igual que el cuidado de los pacientes y que tan solo excepcionalmente le corresponde a la EPS atender dichos requerimientos, en los casos en que el paciente y sus familiares carezcan de recursos económicos y cuando a juicio del médico tratante estos se requieran con necesidad, con el fin de garantizar el acceso a la salud y para la protección de los derechos fundamentales de los pacientes.

No obstante, cuando se trate de menores en condiciones de discapacidad, con el fin de garantizar el acceso a la salud menores y en virtud de la protección reforzada de que gozan constitucionalmente, la Sala considera pertinente reiterar que tienen derecho a: i) recibir el más adecuado tratamiento posible sin dilaciones por parte de la Entidades Promotoras de Salud; (ii) que se propenda por su desarrollo armónico e integral, así sus componentes no estén incluidos en el POS pero estos sean necesarios para conservar su dignidad y su calidad de vida; (iii) a obtener el servicio de transporte cuando su desplazamiento sea requerido, con el fin de garantizar el acceso a los servicios de salud.” La Corte decidió otorgar el amparo y ordenar a la EPS evaluar el estado de salud de los menores para determinar si requerían o no de los servicios solicitados.

38Sentencia T-339 de 2013. En la sentencia T-760 de 2008 la Corte recopiló las reglas que permiten al juez de tutela inaplicar las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud en procura de garantizar los derechos fundamentales del accionante. Así, la provisión de medicamentos y servicios que no se encuentra enlistados en el plan asistencial pueden ordenarse cuando se presentan las siguientes situaciones contempladas por la Corte: “1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas. 2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad. 3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente. 4. La falta de capacidad económica del

petionario para costear el servicio requerido.” Ver también sentencia T-009 de 2014, T-142 de 2014 y T-160 de 2014 entre otras.

39 Folios 45-48 del cuaderno original de tutela.

40 “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.” “Artículo 20. Usuarios de los PAS. Los contratos de planes adicionales, sólo podrán celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios.

Las personas de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan.

Parágrafo. Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida.”

41 Folio 3 del cuaderno principal de tutela. Información de afiliados en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social. Ratificado con consulta vía internet el 26 de enero de 2017.

42 Mediante memorial allegado a esta Corte en respuesta al auto de pruebas de fecha 16 de enero de 2017 emitido por esta Despacho. Ver página 6 de esta providencia en la que se transcribe dicha respuesta.

44 Condiciones para pertenecer al régimen contributivo como cotizante.

45 Ver sentencia T-103 de 2009.

46 Folios 45-48 del cuaderno original de tutela.