

Sentencia T-165-09

- Sala Cuarta de Revisión -

Referencia: expedientes T-2.009.936, T-2.022.692, T-2.031.298 y T-2.074.943.

Accionantes:

Demandados:

Instituto de Seguros Sociales E.P.S., Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Comfama E.P.S-S, Solsalud E.P.S-S y Secretaría de Salud de Bucaramanga, Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil nueve (2009)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el trámite de revisión de los fallos proferidos en los procesos correspondientes a los expedientes T-2.009.936, T-2.022.692, T-2.031.298 y T-2.074.943.

I. ANTECEDENTES.

La Sala de Selección número Nueve, escogió para revisión el expediente identificado con el número T-2.009.936, a través de Auto de nueve (09) de septiembre de dos mil ocho (2008). Posteriormente, la misma Sala, mediante Auto de veintitrés (23) de septiembre de dos mil ocho (2008), seleccionó para revisión los expedientes T-2.022.692 y T-2.031.298.

Así mismo, la Sala de Selección número Once, a través de Auto de cinco (05) de

noviembre de dos mil ocho (2008), seleccionó para revisión el expediente T-2.074.943

Una vez estos expedientes fueron conocidos por la Sala Cuarta de Revisión, ésta, mediante Auto de trece (13) de enero de dos mil nueve (2009), ordenó su acumulación por encontrar que guardaban unidad de materia.

1. Hechos relevantes y solicitudes.

1. Expediente T-2.009.936

- La señora Lucía Pachón, de 52 años de edad, está afiliada al Instituto de Seguros Sociales (hoy La Nueva E.P.S.) y padece lupus eritematoso sistémico.

- Sostiene la accionante que en razón de ese diagnóstico su médico tratante le ordenó los medicamentos DEFLAZACORT 30mg, DOLQUINE 200mg, SALIVAR, SYSTANE, LAGRIMAS ARTIFICIALES y protector solar UMBRELLA, sin embargo, dichos fármacos no fueron suministrados por la E.P.S. que adujo su exclusión del Plan Obligatorio de Salud.

- La demandante ha estado incapacitada durante 10 meses como consecuencia de su enfermedad y alega que su salud empeora con el paso del tiempo.

1.2. Expediente T-2.022.692

- La señora Doris Adriana Monsalve Cortés, de 46 años de edad, es beneficiaria del régimen subsidiado de salud y actualmente está afiliada a COMFAMA E.P.S-S.

- La actora padece Distrofía laringea y su médico tratante le ordenó TOXINA BOTULÍNICA tipo A, frasco x 100 unidades, para un tratamiento de 90 días.

- Afirma la señora Monsalve Cortés que solicitó la entrega del fármaco ante la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, entidad que le negó el suministro por tratarse de un servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud.

1.3. Expediente T-2.074.943

- El señor John Jairo Mejía Zuluaga, presentó acción de tutela como agente oficioso de su señora madre Margarita María Zuluaga Arango, de 78 años de edad, quien está afiliada como cotizante a Coomeva E.P.S y padece Accidente cerebro vascular hemorrágico de origen hipertensivo y diagnóstico neurológico de hemiplejía izquierda, hipertensión, hernia diafragmática, osteoporosis e hipertiroidismo.
- Así mismo, a la señora Zuluaga Arango le fue implantado un MARCAPASOS POR BLOQUEO DE RAMA IZQUIERDA que requiere reprogramaciones periódicas.
- El agente oficioso, manifiesta que su mamá necesita se le asigne una auxiliar de enfermería permanente, el traslado en ambulancia para las consultas con especialistas y pañales.
- A través de comunicación telefónica, el señor Mejía Zuluaga informó al juez de primera instancia que no existen órdenes médicas de los servicios que solicita y que Coomeva E.P.S. ha cumplido con la evaluación y control mediante visitas domiciliarias.

#### 1.4. Expediente T-2.031.298

- El señor Wilmer Rangel Vargas, de 19 años de edad, es beneficiario del régimen subsidiado, está afiliado a Solsalud E.P.S-S y le fue diagnosticada Cefalea pulsátil en región temporal izquierda y posterior omourosis izquierda parcial con visión borrosa, neuroretinitis y toxoplasmosis.
- Conforme con la patología presentada, le fue ordenado el examen diagnóstico ANGIORETINOFLUORESCENCIA y la práctica de una cirugía correctiva.
- El examen y procedimiento prescritos fueron negados por Solsalud E.P.S-S, por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud.
- El actor acudió a la Secretaría de Salud Departamental de Bucaramanga donde, por falta de presupuesto, negaron los servicios médicos solicitados.
- En ampliación de su declaración, el accionante manifiesta que labora como zapatero y devenga un salario mensual aproximado de \$400.000, del cual dispone \$40.000 para

colaborar con los gastos de su hogar y lo demás lo emplea en alimentación y transporte.

## 2. Fundamentos de las acciones y pretensiones.

### 1. Expediente T-2.009.936

La accionante Lucía Pachón considera que la negativa del I.S.S. E.P.S. de entregar los medicamentos que fueron prescritos por el médico tratante, afecta sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, como quiera que necesita el tratamiento farmacológico descrito para contrarrestar la enfermedad que padece y mejorar su calidad de vida.

Por otra parte, informa que no cuenta con los recursos económicos suficientes para cubrir con su pecunio el costo de los medicamentos ordenados, ya que con el salario que percibe sostiene su hogar conformado por dos hijos menores de 14 y 15 años, su hermana discapacitada de 24 años y su mamá de 72 años de edad.

Dado lo anterior, solicita al juez de tutela que ordene al Instituto de Seguros Sociales suministrar los fármacos DOLQUINE, DEFLAZACORT, SALIVAR, SYSTANE y PROTECTOR SOLAR UMBRELLA y brindar el tratamiento integral que requiera con ocasión del Lupus eritematoso sistémico que la aqueja.

### 1. Expediente T-2.022.692

Doris Adriana Monsalve Cortés, arguye que es una mujer campesina, desempleada y de escasos recursos económicos, por lo que no le es posible asumir particularmente el costo de la TOXINA BOTULÍNICA tipo A, ordenada por su médico tratante para el control de la enfermedad que padece. Igualmente, manifiesta que de no suministrarse el medicamento su vida se vería en peligro, máxime cuando no existe dentro del P.O.S-S un tratamiento análogo que le permita mejorar su sintomatología.

En consecuencia, solicita que se ordene a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia

proveer el fármaco TOXINA BOTULÍNA tipo A, frasco x 100 unidades y el tratamiento integral que requiera para el manejo de su enfermedad. Por otra parte, solicita al juez de tutela que se le exonere de la asunción de los copagos.

### 2.3. Expediente T-2.074.943

El señor John Jairo Mejía Zuluaga argumenta que es desempleado y que no cuenta con los recursos económicos suficientes para cubrir los servicios médicos que solicita por vía de tutela, mientras que sus hermanos tienen familia y obligaciones por las que deben responder sin que les sea posible prestar ayuda tendiente a mejorar la situación de su progenitora.

Señala que a pesar de que su mamá percibe una pensión, ésta es insuficiente para sufragar los costos médicos que, al momento de formularse la tutela, ascendían a \$700.000.

De otro lado, afirma que la señora Zuluaga Arango requiere de una enfermera permanente, como quiera que por su enfermedad se encuentra postrada en cama y demanda un manejo total de sus actividades diarias que incluyen aseo, alimentación, cambio de pañales, entre otras, situación que se torna difícil en la medida en que en su casa sólo residen los dos y, en ocasiones, él debe ausentarse para realizar las gestiones básicas relacionadas con el manejo del hogar y de la enfermedad de su mamá, de manera que la agenciada se ve obligada a permanecer sola en casa.

Así mismo, debe acudir a las vecinas para que colaboren con el aseo personal de la agenciada, quien por su formación impide que él la asista en ese tipo de actividades, con el inconveniente de que sus vecinas no siempre se encuentran disponibles.

Dado lo anterior, solicita al juez de conocimiento que ordene a Coomeva E.P.S. suministrar el tratamiento integral que necesita su mamá Margarita María Zuluaga Arango.

### 2.4. Expediente T-2.031.298

El señor Rangel Vargas manifiesta que sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social se ven afectados con las actuaciones de Solsalud E.P.S-S y la Secretaría de Salud de Bucaramanga, por cuanto su situación médica es crítica, al punto que ha perdido la visión

de su ojo izquierdo y presenta problemas en el ojo derecho.

De acuerdo con lo expuesto, solicita bien a Solsalud E.P.S-A, bien a la Secretaría de Salud de Bucaramanga, que ordene a las entidades demandadas autorizar el examen ANGIORETINOFLUORESCEINOGRAFÍA y la CIRUGÍA CORRECTIVA.

Como medida provisional el señor Rangel Vargas solicitó que se conminara a las demandadas a practicar, de forma inmediata, la PRUEBA ANGIORETINOFLUORESCEINOGRAFÍA y la CIRUGÍA CORRECTIVA.

3. Trámite procesal y oposición a la demanda de tutela.

#### 1. Expediente T-2.009.936

El Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, por medio de auto de ocho (08) de julio de dos mil ocho (2008), admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma a la entidad accionada ordenándole indicar el salario base de cotización de la señora Lucía Pachón. De otro lado, la admisión de la tutela se comunicó al Ministerio de la Protección Social, se ofició a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para que informara si la accionante aparecía en el sistema como declarante y a Drogas la Rebaja para que señalara el costo de los medicamentos solicitados por la señora Pachón.

- En atención a la notificación efectuada, el Instituto de Seguros Sociales E.P.S. argumentó que los medicamentos solicitados por la señora Lucía Pachón están excluidos del Plan Obligatorio de Salud y, por consiguiente, deben ser cubiertos por la afectada. No obstante, señaló que tratándose de exclusiones del P.O.S. es posible acudir al Comité Técnico Científico para que éste, previa orden de médico adscrito a la entidad promotora de salud, proceda a su autorización en los términos de la Resolución 2933 de 2006.

Acerca de la solicitud de tratamiento integral, la entidad accionada manifiesta que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, no puede brindarse protección respecto de sucesos futuros o incierto, por lo que solicita al juez de tutela que se abstenga de acceder a dicha pretensión de la demandante.

- La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- informó al juez de conocimiento que la señora Lucía Pachón no aparece como declarante en sus bases de datos.

- Por su parte, el Ministerio de la Protección Social se pronunció sobre los hechos de la tutela e indicó que los medicamentos requeridos están excluidos del P.O.S., de modo que corresponde al médico tratante solicitar su aprobación al Comité Técnico Científico de la E.P.S, con base en lo dispuesto en la Resolución 2933 de 2006.

En tal sentido, solicitó al juez que, en caso de conceder el amparo de los derechos fundamentales de la señora Lucía Pachón, se abstuviera de facultar al Instituto de Seguros Sociales para recobrar al FOSYGA, toda vez que, a su juicio, es deber del Comité Técnico Científico aprobar aquellos servicios médicos que estén excluidos del plan obligatorio de salud, siempre que se persiga garantizar la vida y la salud del afectado.

#### 1. Expediente T-2.022.692

El Juzgado Promiscuo de Familia de Girardota -Antioquia-, a través de Auto de veintisiete (27) de mayo de dos mil ocho (2008) admitió la acción de tutela presentada por Doris Adriana Monsalve Cortés y, en consecuencia, ordenó la notificación de las partes y la vinculación al proceso de COMFAMA E.P.S-S.

- La Dirección Seccional de Salud de Antioquia, expuso al juez de conocimiento que el medicamento solicitado por la señora Monsalve Cortés se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud y, en consecuencia, su suministro es competencia de la empresa promotora de salud a la que está afiliada, es decir, COMFAMA E.P.S-S.

Así las cosas, afirma que la E.P.S-S tiene el deber de autorizar, a través de su Comité Técnico Científico, aquellos fármacos que están excluidos del P.O.S-S, pero son necesarios para mantener la salud del afiliado, aun cuando con posterioridad pueda acudir al recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía.

- COMFAMA E.P.S-S informó, con base en el concepto del doctor Ferney Zuluaga Yepes, que la accionante padece distonía laringea consistente en permanentes contracciones

involuntarias en esa zona que generan torsiones o deformaciones.

Así mismo, aduce que ni la patología ni la especialidad que aquejan y por la cual fue atendida la señora Monsalve Cortés, se encuentran cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y, en tal medida, corresponde a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia -DSSA-, asumir su valor y su prestación. En efecto, según la Ley 715 de 2001, es deber de las entidades territoriales prestar los servicios de salud que no estén cubiertos con los subsidios a la demanda, es decir, aquellos administrados por las E.P.S-S.

### 3.3. Expediente T-2.074.943

El Juzgado Vigésimo Tercero Penal Municipal con función de conocimiento de Medellín, mediante auto de trece (13) de junio de dos mil ocho (2008), resolvió admitir la acción de tutela promovida por el señor John Jairo Mejía Zuluaga como agente oficioso de Margarita María Zuluaga Arango y ordenó su notificación a Coomeva E.P.S. en su condición de demandada.

- En primer lugar, la entidad accionada precisó que la señora Zuluaga Arango está afiliada como cotizante con un IBC igual a \$1.366.000. Sobre los servicios médicos pretendidos, expuso que los cuidados domiciliarios por auxiliar de enfermería y los pañales (implementos de uso personal) están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, mientras que la ambulancia para traslados a consultas con especialistas no puede ser autorizada, dado que este servicio únicamente está contemplado para traslados interinstitucionales.

En cuanto a la solicitud de tratamiento integral, comenta que se trata de hechos futuros e inciertos cuya protección no puede invocarse, porque ocasionaría desventaja sobre

otros usuarios y, además, desconocería que las condiciones económicas del afiliado pueden variar con el tiempo.

Solicita entonces que las pretensiones de la accionante sean negadas o, en su defecto, que la E.P.S. sea facultada para recobrar ante el FOSYGA.

#### 3.4. Expediente T-2.031.298

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, en auto de dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008) admitió la acción de tutela promovida por Wilmer Rangel Vargas y ordenó su notificación a las partes. Así mismo, dispuso oír en interrogatorio al accionante para precisar los supuestos fácticos que dieron lugar a la solicitud de amparo.

- En su declaración Wilmer Rangel Vargas informó al juez de conocimiento que trabaja como zapatero y soldador y que no cuenta con recursos económicos suficientes para sufragar el valor de los servicios médicos que requiere, ya que devenga aproximadamente \$400.000 mensuales con los cuales debe colaborar en el sostenimiento de su hogar compuesto por su mamá, sus hermanos, sus sobrinos y sus tías.
- La Secretaría de Salud de Bucaramanga comunicó que el accionante pertenece al nivel 2 de SISBEN y cuenta con un subsidio total para la prestación de servicios de salud. Por otra parte, indicó que el examen ANGIORETINOFLUORESCENOGRAFÍA y la CIRUGÍA CORRECTIVA, son asumidos por esa entidad por tratarse de exclusiones del P.O.S., sin embargo, alega que el señor Rangel Vargas no se ha acercado a las oficinas de la Secretaría para solicitar los procedimientos que pretende por vía de tutela.

Por las razones expuestas, solicita que no se falle en su contra.

- Solsalud E.P.S-S aduce que, de conformidad con las normas que regulan la materia, solamente es de su competencia autorizar y prestar aquellos servicios de salud que están contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, pues tratándose de exclusiones son las entidades territoriales, a través de las Secretarías de Salud, quienes tienen el deber de prestar el servicio que el usuario necesite.

Así las cosas, dado que el examen y el procedimiento solicitados por el señor Rangel Vargas están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, es la Secretaría de Salud de Bucaramanga la que debe autorizarlos y cubrirlos con cargo a los subsidios a la oferta.

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

### 1. Expediente T-2.009.936

El Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, mediante providencia de veintidós (22) de julio de dos mil ocho (2008), denegó el amparo invocado por la señora Lucía Pachón y argumentó que a pesar de que (i) la enfermedad que la aqueja afecta su derecho a la salud en conexidad con la vida digna y (ii) está probada su incapacidad económica para sufragar los medicamentos que solicita, no existe orden del médico tratante, luego la tutela es improcedente.

La anterior decisión no fue objeto de impugnación.

### 1. Expediente T-2.022.692

A través de sentencia de seis (6) de junio de dos mil ocho (2008), el Juzgado Promiscuo de Familia de Girardota -Antioquia-, concedió el amparo invocado por la señora Doris Adriana Monsalve Cortés y, por consiguiente, ordenó a COMFAMA E.P.S-S suministrar la TOXINA BOTULÍNICA TIPO A y, en conjunto con la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, brindar el tratamiento integral para la enfermedad de Disonía Laringea que padece la actora. Para el efecto, facultó a la E.P.S-S para recobrar ante el FOSYGA.

Sin embargo, el a quo no accedió a la pretensión de exoneración de copagos formulada por la actora.

Como sustento de sus decisiones, el juez de conocimiento manifestó que los derechos fundamentales de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, tienen primacía sobre cualquier consideración de tipo económico que puedan argüir las entidades encargadas de prestar el servicio, de modo que, estando en riesgo la vida de la señora Monsalve Cortés, COMFAMA E.P.S-S tenía la obligación de inaplicar las normas contentivas

del P.O.S. y proceder al suministro del medicamento.

En cuanto a la orden de tratamiento integral, la autoridad judicial consideró que “(...) es evidente que debido al diagnóstico DISTONIA LARÍNGEA que presenta la señora (...) necesitará un tratamiento efectivo, al cual tiene derecho en su condición de afiliada de las entidades accionadas, por lo que mal haría el Despacho en abstenerse de ordenar el tratamiento integral”. Ahora, la orden fue dada en forma conjunta tanto a la E.P.S-S como a la DSSA, por cuanto el tratamiento en comento puede incluir servicios excluidos e incluidos en el P.O.S.

Finalmente, la accionante no fue exonerada de copagos, puesto que pertenece al nivel 2 del SISBEN para el cual no se contempla ese tipo de beneficios.

La anterior decisión no fue objeto de impugnación.

### 3. Expediente T-2.074.943

#### 3.1. Fallo de Primera Instancia.

El Juzgado Vigésimo Tercero Penal Municipal de Medellín, en sentencia de veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008), concedió el amparo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Margarita María Zuluaga Arango y, en consecuencia, ordenó a Coomeva E.P.S. suministrar los pañales que la afectada necesita en razón de su enfermedad, así como el tratamiento integral que se derive del trastorno Neurológico de hemiplejia izquierda. Para tales efectos, facultó a la entidad promotora de salud para recobrar ante el FOSYGA por los gastos en que incurra y no le corresponda asumir conforme a las normas que regulan la materia.

No obstante, el a quo no accedió a la solicitud de autorización de auxiliar de enfermería permanente y traslado en ambulancia a las citas de control con especialistas, toda vez que al momento de promoverse la acción de amparo, Coomeva E.P.S. prestaba asistencia domiciliaria a la actora y en relación con la atención por enfermera domiciliaria no obra orden del médico en ese sentido.

#### 3.2. Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, Coomeva E.P.S. presentó escrito de impugnación en el que alegó que el suministro de pañales no es responsabilidad de las empresas promotoras de salud, puesto que no se trata de una prestación médica o servicio de salud, sino de elementos de uso personal que deben ser cubiertos por el paciente o sus familiares.

Solicita sea revocada la decisión del a quo y en su lugar se denieguen las pretensiones de la parte demandante.

El Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, mediante providencia de seis (06) de agosto de dos mil ocho (2008), revocó la sentencia proferida por el juez de primera instancia y negó los derechos fundamentales invocados por el señor Mejía Zuluaga como agente oficioso de la señora Margarita María Zuluaga Arango.

Sostuvo en su decisión que no existía orden del médico tratante respecto de los servicios médicos solicitados por vía de tutela ni aparecía probado en el expediente que el agente oficioso hubiese acudido a Coomeva E.P.S. para solicitar la prestación del servicio y que ésta los hubiera negado.

#### 1. Expediente T-2.031.298

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga profirió sentencia el veintiocho (28) de abril de dos mil ocho (2008) y concedió el amparo de los derechos fundamentales del señor Wilmer Rangel Vargas. Adujo que estaba probada la incapacidad económica del accionante y la necesidad del servicio, por lo que era pertinente ordenar a la Secretaría de Salud Departamental de Bucaramanga su autorización y práctica. No obstante, negó la exoneración de copagos, por cuanto los servicios solicitados no están exentos del cobro de pagos moderadores.

Contra la anterior decisión, las partes no formularon impugnación.

### III. MATERIAL PROBATORIO OBRANTE EN LOS EXPEDIENTES.

1. Expediente T-2.009.936

-Fotocopia de la Historia Clínica de la señora Lucía Pachón

1. Expediente T-2.022.692

-Copia del Carné de afiliación de la señora Doris Adriana Monsalve Cortés a CONFAMA E.P.S-S

-Copia de Certificación del SISBEN

-Copia de orden médica en la que se prescribe el medicamento Toxina Botulínica a la accionante.

-Fotocopia de orden de servicios en formato del Instituto Neurológico de Antioquia firmada por el Neurólogo Clínico tratante de la señora Monsalve Cortés.

-Fotocopia de formato de justificación de medicamentos no P.O.S.

3. Expediente T-2.074.943

-Fotocopia de la historia clínica de la señora Margarita María Zuluaga Arango.

4. Expediente T-2.031.298

-Fotocopia del carné de afiliación de Wilmer Rangel Vargas a SOLSALUD E.P.S-S

-Fotocopia de solicitud de autorización de exámenes diagnósticos firmada por el médico oftalmólogo tratante del señor Rangel Vargas.

-Fotocopia de formato de negación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud expedida por SOLSALUD E.P.S-S

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la

sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

### 2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, Lucía Pachón, Doris Adriana Monsalve Cortés, Wilmer Rangel Vargas y John Jairo de Jesús Mejía Zuluaga, como agente oficioso de Margarita María Zuluaga Arango, actúan en defensa de sus derechos e intereses, razón por la que se encuentran legitimados para promover las acciones de tutela de la referencia.

### 2.2. Legitimación pasiva

Comeva E.P.S., Comfama E.P.S-S y Solsalud E.P.S-S son entidades de carácter privado que se ocupan de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas, como parte pasiva, en los procesos de tutela bajo estudio.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales E.P.S., la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Secretaría de Salud de Bucaramanga, en su condición de autoridades públicas, se hallan igualmente legitimadas como parte pasiva dentro de los procesos de tutela referidos.

## 3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión, determinar si existió afectación de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, en condiciones dignas, de quienes solicitaron la autorización de servicios médicos excluidos de los planes obligatorios de salud (contributivo y subsidiado) y obtuvieron una respuesta negativa por parte de las entidades encargadas de brindarles el servicio de atención en salud.

Al efecto, la Sala hará un repaso jurisprudencial sobre el derecho a la salud, los servicios médicos excluidos del P.O.S., el cobro de pagos moderadores y las entidades encargadas de suministrarlos.

#### 4. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de 1991 contempla a la salud como un servicio público irrenunciable al que toda la población debe tener acceso y cuya prestación, organización y dirección se encuentra a cargo del Estado. Tal disposición, permite atribuirle a la salud dos dimensiones: derecho y servicio público. El servicio público de salud, puede ser prestado por entidades públicas o privadas, bajo principios de eficiencia, solidaridad, universalidad, progresividad e integralidad, correspondiendo al Estado fijar las competencias de los departamentos, los municipios y la nación frente a la atención que debe brindarse a la población en general.

En cuanto a su faceta de derecho, vale la pena resaltar que inicialmente esta Corporación lo definía como un derecho prestacional que sólo podía exigirse dentro de determinado marco normativo, presupuestal y organizacional, de manera tal que su protección por vía de tutela operaba en situaciones excepcionales en las que (i) resultaba evidente su conexidad con derechos de naturaleza fundamental, (ii) el sujeto, por sus condiciones de debilidad manifiesta e indefensión, era de especial protección estatal o cuando (iii) habiéndose implementado un plan obligatorio de atención y, por ende, estando definido un derecho subjetivo de exigencia inmediata, éste era desconocido por la entidad prestadora del servicio de salud.

No obstante, en los últimos años la Corte redefinió su visión sobre el derecho a la salud y señaló que a pesar de tratarse de un derecho con un contenido prestacional, tiene carácter fundamental, en la medida que está íntimamente ligado a la vida, a la dignidad humana y, en suma, a los fines esenciales del Estado Social de Derecho<sup>1</sup>. En tal sentido, precisa que la vida que protege el Estado y que se consagra en la Constitución, no se refiere simplemente a la posibilidad de existir, sino que garantiza al individuo una existencia digna que le permita desarrollar sus facultades corporales y espirituales. <sup>2</sup>

Al respecto, en Sentencia T-760 de 2008, esta Corporación expuso:

<<El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que ‘todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’,<sup>3</sup> y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos.<sup>4</sup> Observa el Comité que el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar “toda una gama de facilidades, bienes y servicios” que aseguren el más alto nivel posible de salud.<sup>5</sup><sup>6</sup>>>

El alcance prestacional del derecho a la salud, persiste a pesar de su naturaleza fundamental que no es óbice ni resulta incompatible con la racionalización en el manejo de los escasos recursos con los que cuenta el sistema general de seguridad social en salud para atender las diferentes contingencias que diariamente ocurren. Tal situación, implica que si bien, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela persigue la protección de los derechos fundamentales afectados por actuaciones u omisiones de autoridades públicas y de particulares, el amparo del derecho a la salud no siempre será viable<sup>7</sup>

En efecto, la protección constitucional deprecada sólo puede otorgarse cuando se acredite que la afectación del derecho a la salud deviene de (a) la negación, sin justificación médico - científica, de un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o de (b) la negativa a autorizar un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del P.O.S., pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios.

A su vez, la urgencia en la atención se advierte en individuos que están en situaciones de debilidad manifiesta e indefensión, como los niños, los adultos mayores y los discapacitados y, en general, de aquellas personas cuyo derecho a la vida y a la integridad personal se ve seriamente comprometido con la falta de atención médica a la que son sometidos, ya sea por el Estado o por las empresas encargadas de prestar el servicio de salud.

1. Servicios médicos excluidos de los planes obligatorios de salud. Reiteración de Jurisprudencia.

La salud, tanto en su faceta de derecho como de servicio público, tuvo desarrollo legislativo con la promulgación de la Ley 100 de 1993, a través de la cual se crea el denominado Sistema General de Seguridad Social Integral dirigido a cubrir contingencias derivadas de enfermedad, vejez, incapacidad y muerte. Bajo ese entendido, es organizado el Sistema General de Seguridad Social en Salud, regulándose lo relativo a principios, prestación del servicio, financiación, regímenes, cotizaciones, modalidades de afiliación, planes obligatorios de atención y prevención y otros aspectos relevantes.

Específicamente, en materia de planes obligatorios de salud, la Ley 100 de 1993 fue complementada, entre otros, por la Resolución 5261 de 1994 contentiva del Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del P.O.S. del régimen contributivo; el Acuerdo 228 de 2002 que fija el listado de medicamentos para dicho régimen y el Acuerdo 306 de 2005 que comprende el plan obligatorio de salud para el régimen subsidiado. Dichos cuerpos normativos constituyen la columna vertebral de la prestación de servicios de salud en nuestro país y lo allí señalado debe ser cubierto por las empresas promotoras de salud que operan en ambos regímenes, con cargo a los recursos que dispuestos para tal efecto.

Tanto las E.P.S como las E.P.S-Subsidiada (E.P.S-S) tienen la obligación de suministrar al usuario, sin dilaciones injustificadas, aquellos medicamentos o procedimientos que necesiten para restablecer o mantener su estado de salud y que se encuentren incluidos dentro de los Planes de Beneficios respectivos, pues respecto de estos el afiliado tiene

un derecho subjetivo, cuya protección es susceptible de ser exigida de manera inmediata al Estado. Así, por ejemplo, conforme con la Ley 100 de 1993 las E.P.S. soportan las obligaciones económicas derivadas de aquello contemplado en los planes de beneficios, con cargo a los recursos que obtienen de los aportes realizados por quienes pertenecen al régimen contributivo<sup>8</sup>, mientras que las E.P.S-S, financian ese tipo de servicios médicos, con los recursos del subsidio a la demanda.

Habiéndose organizado una infraestructura física y social y un presupuesto para financiar la prestación del servicio de salud, el afiliado tienen derecho a reclamar de la E.P.S o E.P.S-S a la que está afiliado y, en general, del Estado su prestación inmediata, pues se trata de obligaciones ciertas y exigibles, en tanto su grado de indeterminación y abstracción ha sido superado dado el desarrollo legislativo o reglamentario de que es objeto. Sobre el tema, esta Corporación ha expuesto lo siguiente:

“Al derecho fundamental a la salud, en materia de los servicios médicos consagrados en el Manual de Procedimientos del POS y demás normas complementarias, le son connaturales dos dimensiones, a saber: De una parte, el derecho comporta la prestación real, efectiva y oportuna del servicio médico incluido dentro del POS y, de otra, éste implica la asunción total de los costos del servicio, por cuenta de las entidades que tienen a su cargo la prestación de los mismos. En este sentido, aun cuando las controversias en torno a la responsabilidad patrimonial respecto de los servicios incluidos dentro del Manual de procedimientos del POS, parecieran de índole netamente económica y por tanto ajenas a la esfera de competencia de la acción de tutela, ello no es del todo cierto, por cuanto la cobertura económica del servicio, cuando éste se encuentra incluido en el plan de atención médica correspondiente (v.g. el POS), hace parte de la dimensión iusfundamental del derecho a la salud.”<sup>9</sup>

Ahora bien, tratándose de servicios médicos excluidos de los planes de salud, la cuestión es diferente, ya que no existe un marco normativo que regule su prestación y en el que se haya dispuesto la destinación específica de presupuesto para su cubrimiento, luego en principio, es el usuario quien está llamado a subvencionar las erogaciones económicas que ese procedimiento o medicamento no P.O.S. genere, pues éstas desbordan la competencia de las empresas promotoras de salud que no tienen asignados recursos económicos definitivos para asumirlos<sup>10</sup>.

Ahora, es cierto que la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud depende en gran medida del uso adecuado del dinero que manejan las E.P.S, limitado por el contenido de los planes de beneficios, pero esto no justifica la negación de servicios excluidos del P.O.S. cuando son necesarios para evitar el deterioro físico o mental y la afectación de la dignidad de un individuo que no cuenta con capacidad económica suficiente para costearlo, pues ello implicaría ir en contravía de la Carta Política al anteponer una obligación de tipo económico a un derecho fundamental como la salud.

Con el propósito de evitar ese tipo de situaciones, jurisprudencialmente se han desarrollado una serie de subreglas cuyo cumplimiento resulta indispensable para asegurar, por vía de tutela, la protección del derecho a la salud de los asociados y evitar que los recursos escasos con los que cuenta el Sistema sean indebidamente asignados; éstas son: (i) que la conexidad existente entre el derecho a la salud y el derecho a la vida y a la integridad personal, sea de tal alcance que de no protegerse el primero indefectiblemente se causaría la vulneración del segundo, (ii) que el sujeto del derecho, no cuente con los recursos económicos suficientes para asumir el costo del medicamento, procedimiento o tratamiento médico que solicita, (iii) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el solicitante y (iv) que el medicamento o procedimiento requerido y excluido del P.O.S. no pueda ser reemplazado por otro que, bajo niveles similares de calidad, esté incluido en dicho plan.<sup>11</sup>

Con el paso de los años, la Corte ha precisado el alcance de dichas reglas al indicar, por ejemplo, que la conexidad de la salud con la vida y la integridad no puede medirse por el grado de riesgo de muerte en el que se halle la persona, pues tal interpretación equivaldría a decir que sólo cuando el sujeto se encuentre ad portas de tan grave situación merece protección constitucional; que la falta de recursos debe observarse en el caso particular, pues una persona que cuenta con capacidad de pago suficiente para cubrir ciertos servicios médicos, puede no estar en condiciones de asumir el costo de otros<sup>12</sup>; y que el condicionamiento de la prescripción del servicio de salud por un médico adscrito a la E.P.S. a la que se exige la prestación, no implica que sin un criterio científico esa entidad desconozca la idoneidad de una persona que, aunque no posee vínculo laboral con ella, tiene una formación académica y profesional que le permite rendir conceptos de rigor<sup>13</sup>.

Así las cosas, cuando quiera que la persona solicite, por vía de tutela, la autorización de un servicio no P.O.S - P.O.S-S y verifique el cumplimiento de cada una de las subreglas arriba mencionadas, el amparo es procedente, pero ¿Quién presta los servicios y asume los costos? La respuesta al interrogante depende del régimen al que pertenezca el solicitante. Si es al régimen contributivo, la prestación del servicio está a cargo de la E.P.S. que puede acudir ante el FOSYGA para recobrar los gastos en los que incurrió y que escapan de su competencia<sup>14</sup>. Si la persona pertenece al régimen subsidiado, el servicio será prestado y cubierto por la entidad territorial respectiva con cargo a los subsidios a la oferta. No obstante, si la atención médica es de carácter urgente o demandada por un sujeto de especial protección estatal, la E.P.S-S debe brindar el servicio y, posteriormente, recobrar ante el FOSYGA o ante la entidad territorial correspondiente.<sup>15</sup>

#### 6. Copagos y cuotas de recuperación. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece que “Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud”, disposición reglamentada por el Acuerdo 260 de 2004, mediante el cual se crea el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En su artículo 1º, el acuerdo refiere que los copagos son aquellos aportes aplicados únicamente a los beneficiarios, que corresponden a una parte del valor del servicio y cuya finalidad es la financiación del sistema; mientras que las cuotas moderadoras persiguen regular la utilización de los servicios de salud y estimular su buen uso, aplicándose a cotizantes y beneficiarios.

Tanto la Ley 100 de 1993 como el Acuerdo 260 de 2004, estipulan que el pago de cuotas moderadoras y copagos constituye un deber de los afiliados al Sistema, más no un requisito sine qua non para acceder al servicio médico como tal. Efectivamente, el artículo 187 de la citada ley señala que “En ningún caso los pagos moderadores podrán

convertirse en barreras de acceso para los más pobres”, a la par que el acuerdo, en su artículo 5°, fija como uno de los principios que guían el régimen de pagos moderadores, la equidad cuyo alcance se traduce en que dichas erogaciones “en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.”

Por su parte, esta Corporación considera que los pagos moderadores no constituyen per se una afectación del derecho fundamental a la salud de los afiliados al sistema, habida cuenta que persiguen la financiación y viabilidad de éste, pero destaca que no pueden ser obstáculos que impidan a las personas acceder a los servicios de salud que necesitan con urgencia. En ese sentido, la Sentencia T-411 de 2003 expone:

“(…) no se discute que el sistema de seguridad social en salud debe dotarse de una racionalidad económica que lo haga viable<sup>16</sup>. A ello obedecen los copagos y las cuotas moderadoras que están a cargo de los afiliados tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado. Tales copagos y cuotas impuestos por la ley y avalados por esta Corporación, son legítimos. No obstante, existen situaciones excepcionales en las que el compromiso de los derechos fundamentales del afiliado al sistema de seguridad social en salud impone prescindir de tales copagos y cuotas para no vulnerar tales derechos.”<sup>17</sup>

Ahora bien, dentro del régimen contributivo los afiliados tienen la obligación de cancelar copagos y cuotas moderadoras por los servicios y en el monto que fija el Acuerdo 260 de 2004 de conformidad con su salario base de cotización, mientras que los afiliados al régimen subsidiado, solamente financian el valor de los servicios de salud a través de los copagos, cuyo monto depende del nivel SISBEN en el que estén ubicados, así:

1. Para los casos de indigencia debidamente verificada y las comunidades indígenas, la atención será gratuita y no habrá lugar al cobro de copagos.
2. Para el nivel 1 del Sisbén y la población incluida en listado censal, el copago máximo es del 5% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de una cuarta parte del salario mínimo legal mensual vigente. El valor máximo por año

calendario será de medio salario mínimo legal mensual vigente.<sup>18</sup>

3. Para el nivel 2 del Sisbén el copago máximo es del 10% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente. El valor máximo por año calendario será de un salario mínimo legal mensual vigente.

Entonces, todas las personas afiliadas al Sistema General de Salud, bien sea a través del régimen contributivo o del régimen subsidiado, tienen el deber de contribuir en la medida de sus posibilidades con el sostenimiento del Sistema, deber que, aunque no es contrario a la Carta Política porque se ajusta al principio fundante de solidaridad, tampoco puede exigirse a rajatabla a quienes no están en condiciones de realizar tales aportes y menos a manera de condicionamiento para la prestación del servicio<sup>19</sup>. Sobre el tema, también se han elaborado, por vía de jurisprudencia, las reglas que a continuación se citan:

“Para determinar los casos en los cuales debe eximirse al afiliado del pago de las cuotas con el fin de garantizar el derecho constitucional a la salud, esta Corte ha desarrollado dos reglas: [1] Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.<sup>20</sup> [2] Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna <sup>21</sup>en obstáculo para acceder a la prestación del servicio”<sup>22</sup>

Es importante tener en cuenta, de un lado, la capacidad económica del paciente y su familia y, de otro, el tipo de medicamento, procedimiento o tratamiento que necesita, en aras de determinar qué regla se ajusta a la situación concreta y si deviene procedente conceder la exoneración definitiva de los pagos moderadores, en tanto resulte evidente que el pago debido excede en forma notoria los ingresos del individuo o, sin excederlos, representa un porcentaje alto de éstos.

## 7. Casos Concretos.

7.1. Dentro del trámite de revisión que se surte, fueron acumuladas las acciones de tutela promovidas por las señoras Lucía Pachón y Doris Adriana Monsalve y por los señores Wilmer Rangel Vargas y John Jairo Mejía Zuluaga, quien actúa como agente oficioso de su mamá la señora Margarita María Zuluaga Arango. La totalidad de las acciones, pretenden el amparo del derecho fundamental a la salud y se dirigen contra E.P.S./E.P.S-S que niegan los servicios médicos solicitados por tratarse de exclusiones del Plan Obligatorio de Salud.

Ahora bien, a efectos de resolver las situaciones concretas sometidas al juicio de la Sala Cuarta de Revisión, las cuatro demandas de amparo serán divididas en dos grupos: (i) las formuladas por afiliados al régimen contributivo y (ii) las presentadas por beneficiarios del régimen subsidiado.

7.2. Dentro del primer grupo encontramos, de un lado, la acción de tutela de Lucía Pachón contra el I.S.S E.P.S (hoy La Nueva E.P.S.) que negó la autorización de los medicamentos DEFLAZACORT, DOLQUINE, SALIVAR SYSTANE y el protector solar UMBRELLA que la accionante requiere para el control del lupus eritematoso sistémico que la aqueja; y, de otro, la demanda presentada por el señor John Jairo Mejía Zuluaga contra Coomeva E.P.S., en la que pretende el amparo de los derechos fundamentales de su mamá, Margarita María Zuluaga Arango, quien sufre de hemiplejía izquierda y necesita atención domiciliaria, servicio de enfermería permanente y pañales.

Verificadas las normas vigentes, la Sala encuentra que tanto los medicamentos solicitados por la señora Pachón, como los servicios requeridos por la señora Zuluaga Arango están excluidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo. Así las cosas, corresponde entrar a determinar si en los casos objeto de estudio se reúnen los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para acceder al amparo de los derechos.

7.2.1 Que la falta del medicamento o tratamiento excluido, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal

La patología que aqueja a la señora Lucía Pachón, lupus eritematoso sistémico, es una

trastorno incurable, autoinmunitario e inflamatorio crónico que puede afectar la piel, las articulaciones, los riñones, los pulmones y el sistema nervioso, así como también otros órganos del cuerpo, ocasionando erupciones, artritis, fiebre, fatiga, sensibilidad a la luz solar, derrame pleural y dolores musculares, entre otros .23 En tal medida, para la Sala resulta evidente que la condición médica de la accionante es bastante grave, pues su padecimiento irradia varios órganos vitales, disminuyendo su nivel de funcionamiento y, por contera, desmejorando la calidad de vida de la paciente. En consecuencia, se declarará cumplido el primero de los requisitos.

Por su parte, el señor John Jairo Mejía Zuluaga manifiesta que su mamá, de 74 años de edad, sufrió un accidente cerebro vascular hemorrágico que le causó hemiplejía en el lado izquierdo de su cuerpo. Así, expone que la poca movilidad de la que goza su progenitora dificulta en extremo la atención que debe brindarle como hijo, puesto que vive solo con ella y, en ocasiones, se ve compelido a pedir ayuda a sus vecinas para poder atenderla adecuadamente.

En este punto, la Sala considera que la situación que atraviesa la señora Margarita María Zuluaga Arango merece especial atención por parte del juez constitucional, puesto que es una mujer de 78 edad que ha visto minadas sus facultades físicas al punto de depender totalmente de su hijo quien, a pesar de sus ingentes esfuerzos, no da abasto para encargarse de las obligaciones del hogar y de aquellas derivadas del cuidado de su progenitora. Por consiguiente, también en este caso se tendrá verificado la regla bajo análisis.

7.2.2 Que el fármaco o procedimiento no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el P.O.S. o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del Plan, siempre y cuando el nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente

En ninguno de los asuntos objeto de estudio, las E.P.S. accionadas hicieron mención sobre alternativas a los servicios médicos solicitados por los accionantes que estuvieran incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud. Al respecto, esta Corporación ha considerado que demostrar la ocurrencia de tal condicionamiento, no es una obligación en cabeza del usuario sino de la empresa promotora de salud y de los médicos con los que

tiene convenio, puesto que son ellos quienes cuentan con las herramientas básicas y los conocimientos técnicos y científicos suficientes para indicarle al paciente y al juez, si existen fármacos o posibilidades de tratamiento específicos y ciertos, incluidos en el P.O.S., y efectivos para el manejo de la patología del afiliado<sup>24</sup>.

En este orden de ideas, dado que ni el I.S.S. ni Coomeva E.P.S. desvirtuaron la circunstancia en comento, el segundo requisito debe tenerse como cumplido.

7.2.3. Que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud

La señora Lucía Pachón afirma que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los medicamentos que necesita y aduce que debe destinar sus escasos ingresos al mantenimiento de su hogar conformado por sus dos hijos menores de edad, su mamá de 72 años y una hermana discapacitada de 24 años. Sobre la falta de capacidad de pago alegada por la demandante, el I.S.S. guardó silencio y tampoco indicó el ingreso base de cotización (IBC) de la actora.

Entonces, dado que las aseveraciones de la señora Pachón no fueron controvertidas por la accionada, se tendrán por ciertas, en virtud del principio de buena fe que regula todas las actuaciones entre particulares y autoridades públicas (art. 83 C.N).

Frente a la situación económica del señor John Jairo Mejía Zuluaga y su mamá Margarita María Zuluaga Arango, la Sala encontró lo siguiente: (i) el accionante sostiene que es desempleado y que tanto él como su mamá viven de la pensión de sobrevivientes de la que ella es titular, (ii) Coomeva E.P.S. manifiesta que el IBC de la agenciada es de \$1.366.000 y (iii) según señala el señor Mejía Zuluaga, los gastos por la enfermedad de su mamá ascendían a \$700.000 al momento de promoverse la tutela.

Las mencionadas cifras, permiten a la Sala concluir que el costo de una auxiliar de enfermería permanente resulta desmedido para los ingresos que percibe la agenciada, pues es de aproximadamente \$1'000.000 que representan el 75% de la pensión devengada. Sin embargo, no aparece probado en el expediente que el costo de los pañales sobrepase en forma exagerada o represente un porcentaje insostenible de dicha

prestación económica, ya que, aunque el agente oficioso anuncia que los gastos ascienden a \$700.000 no precisa en qué interregno ni por qué insumos incurrió en ellos.

En cuanto a la falta de capacidad económica para la asunción del traslado de Margarita María Zuluaga Arango a los lugares donde recibe controles médicos, no se emitirá concepto alguno, habida cuenta que, según manifestó su hijo, Coomeva E.P.S. cumple con la evaluación y control de la paciente en visitas domiciliarias.

7.2.4. Que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo.

A) En el caso de la señora Lucía Pachón, la Sala advierte que dentro del expediente obra copia de su historia clínica parcial, en la que, no obstante lo ilegible de la letra con la que fue escrita, puede leerse que la paciente padece lupus eritematoso sistémico y que necesita protector solar para tratar la sensibilidad a la luz solar que la aqueja. No ocurre lo mismo con la orden de los medicamentos DEFLAZACORT, DOLQUINE, SALIVAR y SYSTEME, de cuya prescripción médica no fue aportada prueba inequívoca

Así las cosas, el requisito en comento no puede darse por verificado, en la medida en que resultaría desproporcionado, asumir que los medicamentos solicitados por vía de tutela fueron efectivamente ordenados por un profesional idóneo. Sin embargo, la Sala pudo establecer que los fármacos que demanda la señora Pachón son de común uso en el manejo del trastorno que padece. Por ejemplo, el DEFLAZACORT es un antiinflamatorio que controla los síntomas de la artritis ocasionada por el L.E.S. (lupus eritematoso sistémico)<sup>25</sup>, mientras que DOLQUINE es un medicamento inmunosupresor terapéuticamente indicado para el manejo de este tipo de patología autoinmune.<sup>26</sup>

Se menciona el tema de las indicaciones terapéuticas, porque luego de verificar el cumplimiento de los requisitos precedentes, tales hallazgos llevan a esta Sala de Revisión a conceder el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Lucía Pachón, no en el sentido de ordenar la autorización y suministro de esos fármacos, sino en el de ordenar al I.S.S. E.P.S (La Nueva E.P.S.) que realice una valoración médica completa del estado de salud de la señora Pachón en la que exponga, con fundamento en criterios médico - científicos y prestando

especial atención a la sintomatología que la actora actualmente presente, si los medicamentos son o no los adecuados para el control de su enfermedad, en cuyo caso deberá proceder a suministrarlos, aun cuando estén excluidos del P.O.S.

Esta decisión, se adopta con fundamento en (i) la gravedad de la enfermedad que aqueja a la señora Lucía Pachón que, como se expuso en apartes anteriores, es incurable y afecta varios órganos vitales, (ii) la actitud pasiva de la empresa promotora de salud encargada de prestarle atención médica, la cual denota indiferencia y falta de orientación frente a la delicada condición médicas de la actora y (iii) el cumplimiento de todos los requisitos que tornan procedente el amparo, con excepción de la orden del médico tratante adscrito a la E.P.S circunstancia esta que, en cualquier caso, no mereció objeción alguna por parte del I.S.S.

B) En cuanto a la atención médica requerida por la señora Zuluaga Arango, se precisa que no existe orden médica en la que se fundamente la solicitud de autorización de auxiliar de enfermería permanente, elevada por el señor John Jairo Mejía Zuluaga tal y como él mismo lo reconoció al Juzgado de conocimiento a través de comunicación telefónica. Igualmente, está probado que Coomeva E.P.S. ha brindado controles médicos domiciliarios a la agenciada.

A pesar de ello, para la Sala, es palpable la compleja coyuntura que atraviesa la señora Zuluaga Arango, dado que es un adulto mayor con serias dificultades para movilizar la mitad de su cuerpo, al punto que no puede atender sus necesidades fisiológicas normalmente, sino que debe usar pañales. Además, del escrito de tutela se infiere que el señor Mejía Zuluaga, de 52 años de edad, ha hecho todo lo posible por brindarle a su progenitora las atenciones que necesita por su enfermedad, no obstante lo cual ha sido sobrepasado por las circunstancias y ha tenido que pedir ayuda a sus vecinas para poder cuidarla adecuadamente.

Es evidente que ofrecer los cuidados correspondientes a una mujer de 78 años que depende completamente de otros para sobrevivir, es una tarea complicada para un grupo familiar, más aún si es una sola persona quien asume toda la responsabilidad, siendo inevitable el desgaste físico y emocional del enfermo y de quien, sin los conocimientos y la preparación adecuada, tiene el deber de asistirlo.

Y es que, aunque tratándose de servicios médicos excluidos de los planes obligatorios de salud, la familia es la primera obligada a atender los requerimientos del enfermo, esto no justifica que el Estado y la Sociedad pueda imponerles cargas desproporcionadas o desmedidas que desbordan la capacidad de sus miembros, porque por esa vía podrían desconocerse también los derechos de estos.

En el asunto bajo estudio, la Sala considera que dada la enfermedad que aqueja a la señora Zuluaga Arango y las dificultades que representa para el señor John Jairo Mejía Zuluaga asistir a su mamá permanentemente y, al mismo tiempo, atender las diligencias propias de jefe de su hogar, resulta pertinente la presencia de una auxiliar de enfermería que contribuya con la atención que amerita la situación particular de la agenciada.

Ahora bien, cabe precisar que, puesto que Coomeva E.P.S. ha brindando los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes de la señora Zuluaga Arango, no es posible argumentar negligencia o incumplimiento en la prestación del servicio. Sin embargo, como se explicó, las condiciones especiales de la paciente llevan a este juez constitucional a concluir que, además de los controles médicos domiciliarios autorizados por la E.P.S., la garantía de los derechos fundamentales de la agenciada y la protección de su dignidad, imponen la presencia de una auxiliar de enfermería en su domicilio.

Así las cosas, el mencionado servicio médico, se tendrá como complemento de la atención domiciliaria que hasta el momento a ofrecido la accionada y, para efectos económicos, será cubierto en su totalidad por el FOSYGA, puesto que ha sido ordenado por este expediente mecanismo judicial, no porque la E.P.S. haya desconocido sus obligaciones, en cambio sí porque la valoración constitucional elaborada en torno al caso, así lo determina.

Sobre este último punto, vale la pena precisar que en caso de presentarse controversias entre la E.P.S. y el FOSYGA por el reembolso de los costos del servicio de auxiliar de enfermería permanente, éstas deberán resolverse ante las autoridades judiciales competentes, sin que quepa negar la asignación de la enfermera con sustento en dicho debate.

7.3. Respecto de las acciones de tutela promovidas por la señora Doris Adriana

Monsalve Cortés, contra CONFAMA E.P.S-S, y por el señor Wilmer Rangel Vargas, contra Solsalud E.P.S-S, vale la pena concretar que fueron concedidas por los jueces de instancia que ordenaron, en el primer caso, el suministro de la Toxina Botulínica Tipo A y la autorización del tratamiento integral para la patología de distonía laringea que sufre la señora Monsalve Cortés y, en el segundo, la autorización para la práctica del examen Angiorretinofluoresceinografía y la cirugía correctiva que requiere el señor Rangel Vargas. A pesar de lo anterior, en ambos asuntos se negó la exoneración de copagos fue negada.

Dado que esta Sala de Revisión comparte los criterios esgrimidos por los jueces de conocimiento para acceder al amparo de los derechos fundamentales de los demandantes, no entrará a controvertir tal decisión y se limitará a analizar si en los casos concretos, la exoneración de copagos devenía procedente según las condiciones económicas particulares.

Como se dijo en capítulos precedentes, por regla general la cancelación copagos no constituye afectación de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema general de salud, como quiera que su finalidad es obtener financiación que permita mejorar y ampliar la cobertura de los servicios de salud requeridos por la población. Empero, es inadmisibles que tal deber de los afiliados termine siendo un obstáculo para el acceso al servicio público de salud.

Por tal motivo, la jurisprudencia de esta Corporación es enfática al señalar que el derecho que tienen las empresas promotoras de salud de percibir aportes de los usuarios por la prestación de un servicio, no debe anteponerse a los derechos fundamentales de estos, de modo que no puede exigirse su cancelación previa como condicionamiento para la autorización o práctica de un procedimiento o tratamiento médico, cuando la persona no cuenta con recursos económicos para asumirlo.

La señora Doris Adriana Monsalve Cortés asevera que es una mujer desempleada y de escasos recursos económicos, motivo por el cual no cuenta con dinero suficiente para cubrir el costo del copago derivado del medicamento Toxina Botulínica Tipo A que le fue prescrito por su médico tratante y ordenado a través de tutela. A su turno, el juez de conocimiento consideró que no procedía la exoneración, puesto que está ubicada en el

nivel 2 del SISBEN.

Esta Sala de Revisión, no comparte las consideraciones del juez de única instancia, toda vez que si bien el Acuerdo 260 de 2004 establece que las personas que pertenecen al nivel 2 del SISBEN, deben cancelar copagos equivalentes al 10% del servicio de salud que reciban, en el caso concreto ese porcentaje es demasiado gravoso para la accionante.

En consulta electrónica, pudo constatarse que el valor de la toxina botulínica tipo A es de \$800.000, luego el copago al que estaría obligada la señora Monsalve Cortés es de \$80.000, suma de dinero alta para una persona con una situación económica precaria inferida de su ubicación en el nivel 2 del SISBEN y de su situación de desempleo.

No ocurre lo mismo con el asunto puesto de presente por el señor Wilmer Rangel Vargas, quien requiere un examen diagnóstico cuyo precio es de \$380.000 y el copago respectivo de \$38.000. Su situación es diferente, puesto que en declaración judicial, sostuvo que trabaja en el sector de zapatería y devenga un salario mensual aproximado de \$400.000. Así pues, la Sala concluye que si bien para el accionante la suma de \$38.000 es significativa, su asunción no constituye una carga desmedida respecto de sus ingresos, máxime tratándose de un examen diagnóstico que tendría que practicarse sólo una vez.

Ahora bien, acerca del copago que habría de cancelar sobre la cirugía correctiva ordenada, la Sala se abstendrá de emitir un pronunciamiento de fondo, porque (i) no está acreditado qué cirugía específica requiere para su tratamiento, dado que ello depende del resultado del examen diagnóstico y, en consecuencia, (ii) no es posible determinar su costo ni el valor del copago. Lo anterior, en modo alguno facultará a Solsalud E.P.S-S para imponer la cancelación previa del pago moderador como condición para autorizar la práctica de la cirugía correctiva, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia sobre el tema.

Así las cosas, la Sala accederá a la pretensión de exoneración de copagos elevada por la señora Doris Adriana Monsalve Cortés, más no a la del señor Wilmer Rangel Vargas por las razones mencionadas y con la salvedad hecha en el párrafo precedente.

## V. DECISIÓN.

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

### RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá el veintidós (22) de julio de dos mil ocho (2008) y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora Lucía Pachón, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales E.P.S., hoy La Nueva E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguiente a la notificación de esta providencia, coordine y realice una valoración de la sintomatología que presenta la señora Lucía Pachón en razón de la enfermedad de lupus eritematoso sistémico que padece, con el propósito de establecer, conforme a criterios científicos y técnicos sólidos, si necesita los medicamentos DEFLAZACORT, DOLQUINE, SALIVAR, SYSTANE y PROTECTOR SOLAR UMBRELLA para controlar su patología, en cuyo caso deberá autorizar su suministro y evaluar su efectividad periódicamente.

TERCERO. CONFIRMAR, con excepción del numeral 8.5 de la parte resolutive, la providencia de seis (6) de junio de dos mil ocho (2008), proferida por el Juzgado de Familia de Girardota -Antioquia- en la que se resolvió conceder el derecho a la salud y a la vida digna de la señora Doris Adriana Monsalve Cortés, por las razones expuestas en el presente fallo.

CUARTO. REVOCAR el numeral 8.5 de la parte resolutive de la sentencia proferida Juzgado de Familia de Girardota -Antioquia- el día seis (6) de junio de dos mil ocho (2008) y, en su lugar, CONCEDER la exoneración de copagos solicitada por la señora Doris Adriana Monsalve Cortés, respecto del fármaco Toxina Botulínica Tipo A x 100 unidades, solicitado por la accionante, por los motivos expuestos a lo largo de esta providencia y, en consecuencia, ORDENAR a COMFAMA E.P.S-S que se abstenga de exigir la cancelación de pagos moderadores por tal concepto.

QUINTO. REVOCAR las sentencias dictadas por el Juzgado Vigésimo Tercero Penal Municipal de Medellín el día veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008) y por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín el seis (6) de agosto de dos mil ocho (2008) y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos invocados por el señor John Jairo Mejía Zuluaga como agente oficioso de su mamá la señora Margarita María Zuluaga Arango, por las razones expuestas en este fallo.

SEXTO. ORDENAR a Coomeva E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar el servicio de auxiliar de enfermería a la señora Margarita María Zuluaga Arango, de conformidad con lo dicho a lo largo de la presente providencia. Así mismo, advertir que estará facultada para recobrar ante el FOSYGA la totalidad del costo en el que incurra al prestar el referido servicio.

SÉPTIMO. CONFIRMAR la sentencia proferida el veintiocho (28) de abril de dos mil ocho (2008) por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga en la se decidió amparar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Wilmer Rangel Vargas, por las razones expuestas en esta providencia.

OCTAVO. FACULTAR al Instituto de Seguros Sociales E.P.S., hoy La Nueva E.P.S., a COMFAMA E.P.S-S, a Coomeva E.P.S. y a Solsalud E.P.S-S para repetir contra el FOSYGA por aquellos costos que no les corresponda asumir, de acuerdo con las previsiones de los planes obligatorios de salud y de conformidad con la normatividad vigente sobre la materia.

NOVENO. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Corte Constitucional, Sentencia T-097, T-171, T-253 de 2008 M.P: Humberto Antonio Sierra Porto; T-412 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería; T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

2 Sentencia T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz,

3 El PIDESC, artículo 12, contempla 'el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental'.

4 Observación General N° 14 (2000) 'El derecho del más alto nivel posible de salud' (2).

5 Observación General N° 14 (2000) 'El derecho del más alto nivel posible de salud' (9). "(...) un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona [...]."

6 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

7 Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2008 M.P Humberto Antonio Sierra Porto "(...) al igual que numerosos enunciados normativos de derechos

constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización - y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela”

8 Ley 100 de 1993, artículo 157 literal A numeral 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”

9 Corte Constitucional, Sentencia T-869 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil

10 Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa “(...) Sin lugar a dudas, la EPS no debe proceder de modo tal que se afecten injustamente sus recursos - que son los recursos de todos los cotizantes al sistema de seguridad social en salud - y, por ende, el cubrimiento de las operaciones o tratamientos que se hagan necesarios para garantizar la protección de los derechos fundamentales del paciente, debe imputarse a la EPS sólo en lo que por ley le corresponda. Así las cosas, si en virtud de la relación contractual con el afiliado la EPS debe pagar tan sólo un porcentaje del tratamiento requerido, y si se demuestra la imposibilidad económica del paciente para cubrir el resto del costo, el valor restante se traspasa al Estado, en razón a su rol garante de los derechos fundamentales, pudiendo la EPS recuperar la inversión realizada vía la acción de repetición.”

11 Ver entre otras, Sentencia T-747 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-333 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-087 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-1016 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

12 Ver Sentencias T-1127 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-973 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-367 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-862 de 2007 M.P.

Rodrigo Escobar Gil.

13 Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

14 La figura del recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía está regulada en la Ley 1122 de 2007, artículo 14 literal j) y en la Resolución 3099 de 2008, artículo 26.

15 Corte Constitucional, Sentencia T-1089 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

16 La Corte ya en dos oportunidades ha declarado la exequibilidad de normas legales que consagran cuotas moderadoras y copagos. En la Sentencia C-089-98 declaró la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 352 de 1997 que consagra pagos compartidos y cuotas moderadoras para los beneficiarios de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Y en la Sentencia C-542-98 declaró la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, que consagra pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles aplicables a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud. No obstante, en los dos pronunciamientos la declaratoria de exequibilidad se condicionó en el sentido que el sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera el afiliado, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes. En tales pronunciamientos se destacó que la finalidad con que el legislador consagró tales pagos, racionalizar el uso del sistema y contribuir a su financiación, eran compatible con el Texto Superior.

18 Ley 1122 de 2007, artículo 14 literal g) “No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace”

19 Corte Constitucional, Sentencia T-158 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil

20 En la sentencia T-743 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) esta Corporación resolvió tutelar los derechos a la vida y a la salud del accionante y en consecuencia, ordenar a la Secretaría de Salud Departamental de Santander que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, garantice al accionante el acceso a los

servicios de salud que requiriera para el tratamiento del cáncer que le fue diagnosticado, indicando a la IPS correspondiente que se subsidiara el 100% del valor de tales servicios.

21 Al respecto ver Sentencias T-381 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentarías; T-330 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-310 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-296 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño

23 Tomado de  
[http://www.rheumatology.org/public/factsheets/diseases\\_and\\_conditions/lupus-esp.asp](http://www.rheumatology.org/public/factsheets/diseases_and_conditions/lupus-esp.asp)

24 Corte Constitucional, Sentencias T-1057 y T-663 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

25  
[http://www.vademecum.es/principios\\_activos/ficha/H02AB13/Glucocorticoides/?action=open](http://www.vademecum.es/principios_activos/ficha/H02AB13/Glucocorticoides/?action=open)

26 <http://www.dromayor.com.co/diccionario/PLM/productos/28185.htm>