

Sentencia T-199/11

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Procedencia

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Causales

JUEZ DE TUTELA-Al analizar requisitos de configuración de temeridad deberá en todo caso presumir buena fe de peticionario

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Instrumentos internacionales y nacionales

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Tiene como finalidad atender a toda la población pobre y vulnerable del país

PAGOS MODERADORES, COPAGOS, CUOTAS MODERADORAS Y CUOTAS DE RECUPERACION-Exoneración

Los pagos moderadores o cuotas de recuperación no pueden constituirse en barreras de acceso a los servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos, y, los grupos más vulnerables de la población al igual que los usuarios que pertenecen al Régimen Subsidiado Nivel I del Sisbén, se encuentran exonerados por la ley de hacer dicho pago. En todo caso, el juez constitucional deberá analizar cada caso en particular y determinará si estos pagos obstaculizan el acceso al servicio de salud, y si como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por cuanto se ordenó suministro de oxígeno y exoneración de cuota moderadora

Referencia: expediente T-2.888.106

Acción de tutela presentada por la señora Luz Marina Fernández Rincón, en representación de su madre Filomena Rincón de Fernández, contra el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub - quien la preside - Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo único de instancia de tutela adoptado por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa, Cundinamarca, del 22 de octubre de 2010, proferido en el asunto de la referencia, dentro de la acción de tutela promovida por la Luz Marina Fernández Rincón, en representación de su madre Filomena Rincón de Fernández, contra el Hospital Pedro León Álvarez Díaz.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional, mediante Auto del veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010) escogió, para efectos de revisión, la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

La señora Luz Marina Fernández Rincón actuando como agente oficiosa de su madre, la señora Filomena Rincón de Fernández, presentó solicitud de tutela contra el Hospital Pedro León Álvarez Díaz, de La Mesa, Cundinamarca, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al exigirle el pago de la cuota moderadora por el servicio de suministro de oxígeno domiciliario, que requiere con urgencia.

1. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

1. Sostiene la accionante que su madre, la señora Filomena Rincón de Fernández, nació el 21 de noviembre de 1930, por lo que cuenta actualmente con 80 años de edad y se encuentra afiliada en el régimen subsidiado a la EPS-S CAFAM, Nivel I de la Mesa, Cundinamarca.

1. Afirma que a su señora madre le ordenaron oxígeno de por vida, a causa de una afección cardíaca diagnosticándole, EPOC descompensado, para lo cual requiere manejo intrahospitalario, consistente, entre otras, de suministro de oxígeno domiciliario.

1. Así mismo dice, que se realizaron los trámites en el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, quien le suministró el oxígeno los tres primeros meses, con un costo de \$15.000.00.

1. La accionante dice que una vez que averiguó el valor de los próximos tres meses del servicio de oxígeno domiciliario, el hospital le informó que debía cancelar la suma de \$154.000.00.

1. Sostiene que la accionante, que tanto ella como su madre pertenece a una familia de escasos recursos económicos y no cuenta con el dinero para sufragar los gastos que generaría el uso del oxígeno domiciliario ordenado por el médico tratante.

1. FUNDAMENTOS Y PRETENSIONES

La accionante solicita se amparen los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas a la señora Filomena Rincón de Fernández, y se ordene al Hospital Pedro León Álvarez Díaz, de La Mesa, Cundinamarca, para que autorice la prestación del servicio de oxígeno domiciliario, sin que le sea exigible su pago.

1. ACTUACIÓN PROCESAL.

El Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa Cundinamarca, mediante Auto del 13 de octubre de 2010, admitió la tutela y solicitó al Hospital Pedro León Álvarez Díaz, de La Mesa, Cundinamarca, pronunciarse sobre los hechos expuestos por la señora Luz Marina Fernández Rincón, actuando como agente oficiosa de su madre, la señora Filomena Rincón de Fernández.

Mediante oficio del 15 de octubre de 2010, el Hospital Pedro León Álvarez Díaz, remite copia de la Historia Clínica de la señora Filomena Rincón de Fernández, e informó que a la paciente se le prestaron los servicios "... de manera oportuna, con eficiencia, diligencia y cuidado; el manejo médico fue adecuado, sujeto a los más rigurosos cánones de la ciencia médica, no se evidenció fallo en las decisiones tomadas por parte de los médicos especialistas y generales..."

Igualmente, aclara que el suministro de oxígeno domiciliario es un medicamento no cubierto por el POS-S y cuando el paciente tiene un diagnóstico médico que no es asumido por la EPS, éste es cubierto por los entes territoriales, para lo cual la persona debe cancelar una cuota de recuperación para el sostenimiento del sistema.

Agrega, que la Ley 1122 de 2007, exonera de pago de copagos a los usuarios clasificados del sistema Nivel I. Así mismo sugirió, dirigir la acción de tutela a la EPS-S CAFAM Nivel I, quien es la entidad que debe autorizar el suministro del oxígeno y la Secretaría de Salud de Cundinamarca, por ser un servicio que no se encuentra cubierto en el POS.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Filomena Rincón de Fernández.

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Marina Fernández Rincón.

1. Copia del carné de afiliación de CAFAM EPS-S de la señora Filomena Rincón de Fernández.

1. Copia de la solicitud de oxígeno domiciliario de la señora Filomena Rincón de Fernández.

1. Copia de la Historia Clínica de la señora Filomena Rincón de Fernández.

1. DECISIONES JUDICIALES.

Mediante fallo único de instancia, proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de la Mesa - Cundinamarca, el día 22 de octubre de 2010, niega el amparo al no encontrar causal de vulneración del derecho invocado, al considerar que el Hospital Pedro León Álvarez Díaz, prestó en forma oportuna y eficiente el servicio a la paciente.

Dentro del análisis del caso, la entidad demandada manifestó que actuó conforme a las disposiciones legales que regulan el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y, prestó un servicio en forma oportuna y eficiente a la señora Filomena Rincón de Fernández.

En consecuencia, el Juez de instancia acogió los argumentos de la entidad accionada, previo estudio de los documentos que demostraron el manejo y procedimiento que se tuvo con la paciente.

Y por último, recomendó presentar la acción de tutela contra la EPS-S CAFAM NIVEL I y a la Secretaría de Salud de Cundinamarca, quien son las entidades que deben autorizar los servicios solicitados.

1. SOLICITUD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional al analizar la situación en particular, consideró que la decisión que se profiriera en el presente caso, podría conculcar el derecho fundamental al debido proceso de la EPS-S CAFAM Nivel I, quien es la entidad que debe autorizar el suministro del oxígeno y la Secretaría de Salud de Cundinamarca, por ser un servicio que no se encuentra cubierto en el POS, dado que las mismas no fueron vinculadas al proceso.

Por lo anterior, mediante Auto del 23 de febrero de 2011, procedió a su vinculación para que se pronunciaran respecto de lo que consideren pertinente.

Mediante Auto del 3 de marzo de 2011, la Secretaría General de esta Corporación, informó que el Auto de fecha 23 de febrero de 2011 fue comunicado mediante oficios 110, OPTB-171 y 172 del 25 de febrero de 2011, a la EPS-S CAFAM Nivel I y la Secretaría de Salud de Cundinamarca, respectivamente. Sin embargo, agotada la etapa probatoria no se recibió información alguna por parte de la EPS-S CAFAM.

En primer lugar, dice que revisado el archivo de tutelas tramitadas en la Gobernación de Cundinamarca - Secretaría de Salud - Dirección de Aseguramiento en Salud, existe un fallo de tutela del 22 de febrero de 2011, que amparó los derechos fundamentales invocados por la accionante Luz María Fernández Rincón en representación de su madre la señora Filomena Rincón de Fernández, en contra de la Caja de Compensación Familiar CAFAM EPS-S, y vincula a la Secretaría de Salud de Cundinamarca, la cual ordena que la EPS-S CAFAM, “ ... proceda

a entregar a la paciente FILOMENA RINCÓN DE FERNÁNDEZ, del OXÍGENO DOMICILIARIO PARA USO 24 HORAS POR CANULA NASAL A 3 L/MIN, la CITA POR CARDIOLOGÍA, y los medicamentos EPOC como son BROMURO DE IPAPROPIO BETAMETRIL DIGOXINA, FUROSEMIDA, ESPIRINOLACTONA y OMEPRAZOL, en las dosis prescritas por su médico tratante, sin recobro alguno y con cargo a los recursos del subsidio a la oferta y autoriza a la E.P.S.S. CAFAM para que repita el pago del respectivo porcentaje de cuota de recuperación que le correspondería cubrir a la accionante, en contra de la SECRETARÍA DE SALUD DE CUNDINAMARCA, que en virtud del servicio de salud no le corresponde asumir.”

Agrega que la señora Filomena Rincón de Fernández, se encuentra en la base de datos de la Secretaría de Salud de Cundinamarca con régimen subsidiado EPS-S CAFAM, del municipio de La Mesa; y al verificar en el sistema de autorizaciones de la Secretaría de Cundinamarca, se evidencia que no hay solicitudes para la prestación de los servicios requeridos por la usuaria.

Así mismo informa, que el manejo integral se debe garantizar a la paciente en el primer nivel, es decir en el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, quien una vez evaluado el caso y transcrito la orden del especialista, la EPS-S CAFAM garantizará el suministro del oxígeno domiciliario.

Igualmente aclara que este servicio a cargo de la EPS-S CAFAM, no tiene copago por tratarse de un evento de primer nivel y corresponder la usuaria a un nivel socio económico uno (1).

Ahora bien, respecto a la solicitud de la usuaria de la cobertura en un 100% del suministro del oxígeno domiciliario, responde que es de exclusiva competencia de la EPS-S, lo relacionado con las cuotas de recuperación y copagos, advirtiendo que en los eventos NO POSS se cofinancian en un 95% del total de los costos de la atención a la salud y el usuario por estar en el nivel 1 deberá cancelar el 5% sin exceder de uno salarios mínimos legales vigentes máximos al año, por el mismo evento.

Además, dice que no existe norma que exima del cobro de cuota de recuperación al vinculado en condición de pobreza y vulnerabilidad que demande servicios por enfermedad, y que solamente se exime al menor de 1 año y a la gestante. De la misma manera solicita se desvincule a esa entidad, por no ser a quien le corresponda la prestación del servicio y de correr el traslado a la EPS-S CAFAM, quien deberá brindar el servicio dentro del Plan

Obligatorio de Salud (POSS) del primer nivel.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

De los antecedentes y pruebas obrantes en el expediente, la Sala de Revisión estudiará si se vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la vida, de la señora Filomena Rincón de Fernández, por parte de CAFAM EPS-S y de la Secretaría de Salud de Cundinamarca, al exigirle el pago de la cuota moderadora por el servicio de suministro de oxígeno domiciliario, que requiere con urgencia.

Con el fin de abordar este problema jurídico, la Sala reiterará el precedente constitucional sobre: primero, la procedencia de la agencia oficiosa en materia de tutela; segundo, la posible temeridad de la accionante por la presentación de una tutela posterior a la que se revisa; tercero, el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud, cuarto, la naturaleza jurídica de los pagos moderadores y casos en los que cabe su exoneración, quinto, carencia actual de objeto por hecho superado, y por último, se analizará el caso concreto.

1. Procedencia de la figura de la agencia oficiosa en materia de tutela.

Esta Corporación ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para

promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

En ese sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí misma o a través de representante”.

Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

En efecto, el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, dispone:

“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 presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia acción. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud...”

En ese sentido se pronunció la Corte en Sentencia T-294 de 20041 en la cual reiteró los elementos 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.”

Puede concluirse entonces que, una tercera persona puede actuar como agente oficioso en los casos en que el titular de los derechos invocados no esté en condiciones de hacerlo, siempre y cuando ésta circunstancia se exprese en el escrito de la tutela, o se deduzcan de los hechos presentados en la tutela.

1. La posible temeridad de la accionante por la presentación de una tutela posterior a la que se revisa.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se estableció como un instrumento extraordinario, preferente, breve y sumario, cuya finalidad es la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas. Esta finalidad se alcanza con la orden judicial para conjurar la amenaza o la vulneración del derecho, dentro de un proceso de tutela, que es cumplido por las autoridades o personas a quienes va dirigida, en los términos, condiciones y plazos establecidos por la instancia constitucional.

Ahora bien, con el fin de evitar abusos de esta acción constitucional, el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, hizo referencia a la actuación temeraria la que describe como aquella que se presenta “cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales” y así mismo señala que “se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”. Además, indica las sanciones previstas para los abogados que incurran en estos hechos.

En esa medida, la Corte Constitucional ha reiterado que para que se configure la temeridad y se puedan aplicar las consecuencias antes descritas -rechazo o decisión desfavorable y sanciones- el juez deberá evaluar, en primer lugar, si existe una identidad de partes, hechos y pretensiones entre las acciones de tutela interpuestas -lo que coincide con el fenómeno de la cosa juzgada en el caso de que alguna haya sido decidida previamente- y, en segundo lugar, si no existe justificación para ello, razón por la cual hay mala fe en la actuación del accionante².

Igualmente ha dicho, que si alguno de estos dos elementos no está presente no se configura la temeridad. Así, si el primer elemento, es decir, de la identidad está presente pero el segundo - ausencia de justificación y mala fe- no lo está, esta Corte ha afirmado que tiene lugar la improcedencia, en virtud de que existe cosa juzgada pero no las sanciones, pues la temeridad no se configura³.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que el juez constitucional al momento de valorar si se encuentra frente a una situación como la descrita, debe tener en cuenta tres requisitos determinantes: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa petendi; (iii) identidad de objeto. Estos, han sido llamados por la jurisprudencia triple identidad, desarrollados en la sentencia de unificación SU- 713 de 2006, en la cual sostuvo:

“Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar: // (i) La identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición persona de natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. // (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. // (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental. // (iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción. Esta ha sido la posición reiterada y uniforme de esta Corporación, a partir de la interpretación del tenor literal de la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: ‘Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes’”.

Ahora bien, respecto a la triple identidad esta Corporación ha señalado que la temeridad puede descartarse por (i) nuevas circunstancias fácticas o jurídicas que varíen sustancialmente la situación inicial⁴, (ii) por el hecho de que la jurisdicción constitucional, al conocer de la primera acción de tutela, no se pronunció realmente sobre una de las pretensiones del accionante⁵ o porque (iii) la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones⁶.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que un hecho nuevo puede ser “la consagración de una doctrina constitucional que reconoce la violación de derechos fundamentales en casos similares”⁷.

Así, en la sentencia T-009 de 2000, ésta Corporación determinó que no se configuraba la temeridad en el caso de varios trabajadores amparados por fuero sindical, los cuales

presentaron dos acciones de tutela, una en 1998, la cual fue considerada improcedente en ambas instancias, y otra, en 1999 debido a que fueron despedidos a raíz de un cese de actividades declarado como ilegal. Sostuvo que “podría afirmarse que, en el presente caso, los actores interpusieron una segunda acción de tutela a raíz de las mismas circunstancias fácticas (...) Sin embargo, en la segunda acción presentada, los trabajadores despedidos alegan la vulneración de su derecho a la igualdad y solicitan la aplicación al caso de una doctrina constitucional que sólo fue formulada por la Corte una vez decididas las acciones primariamente presentadas [se refiere a la sentencia SU-036 de 1999]. Se trata entonces de una segunda acción que, sin embargo, se funda en un hecho nuevo: la consagración de una doctrina constitucional que reconoce (1) la aplicación inmediata del derecho al debido proceso en los procedimientos de despido en virtud de la declaratoria de ilegalidad de un cese de actividades y (2) la procedencia de la tutela a fin de hacer exigible el mencionado derecho. En las condiciones anotadas, parece claro que los actores, en ejercicio de su derecho a la igualdad, consideraron que la doctrina sentada por la Corte Constitucional, para resolver un caso cuyos hechos son idénticos y concomitantes a los hechos que originaron su solicitud de amparo, les era aplicable”.

De forma similar, en la sentencia T-1034 de 2005 la Corte estimó que no se presentaba temeridad en el caso de una ciudadana que interpuso dos acciones de tutela, una en el año 2001, la cual fue negada en ambas instancias, y otra en el 2005, debido a que una entidad financiera modificó en su perjuicio la reliquidación de su crédito UPAC con el argumento de que se habían detectado errores en la misma. Para sustentarlo dijo que:

“... a pesar de que los hechos expuestos en ambas tutelas son similares, existen motivos justificados para la presentación de la nueva acción de tutela (...) fue con posterioridad que la Corte Constitucional profirió las sentencias de tutela sobre casos similares en los cuales existieron múltiples reliquidaciones de los créditos y sentó su jurisprudencia sobre el respeto al acto propio y la violación de los derechos al debido proceso y a la buena fe de los usuarios del sistema financiero”.

Por último, la Corte Constitucional en sentencia T-1104 de 2008, indicó:

“Se ha sostenido que la declaratoria de improcedencia de la tutela por temeridad debe analizarse desde una perspectiva distinta a la meramente procedimental, cuando el ejercicio

simultáneo o repetido de la acción de tutela se funda en: (i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia⁸ o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe⁹; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho¹⁰; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante¹¹; y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.¹²”

De esta forma, se concluye que le corresponde al Juez de Tutela no solo la existencia de unos requisitos procedimentales, sino también teniendo en cuenta las particularidades del caso, partiendo siempre de la presunción de la buena fe, a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales.

1. EL carácter fundamental del derecho a la salud.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social(...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”¹³

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”¹⁴

En nuestro ordenamiento colombiano, la Constitución Política de 1991 consagra el derecho a la salud y a la seguridad social en el artículo 48, cuando define la seguridad social como "... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)".

Atendiendo este mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el sistema de seguridad social con el fin de configurar entre otros, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, así mismo desarrollar sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal¹⁵.

Inicialmente el derecho a la salud no tenía el carácter de fundamental, por cuanto era considerado esencialmente un derecho prestacional; más, sin embargo, podía ser protegido por vía de tutela cuando su vulneración implicaba la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

Después de varios análisis, la jurisprudencia de esta Corporación determinó "la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna."¹⁶

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta¹⁷.

La salud es una condición de bienestar integral, que cuando afecta el estado psíquico o físico de las personas, estas se ven disminuidas afectando su calidad de vida, por lo que requieren prontamente de la asistencia de los profesionales encargados de la salud, y de la ayuda del Estado para recuperar su calidad de vida.

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: derecho y servicio público¹⁸, precisando que

todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.¹⁹

En aplicación de los mencionados principios, se estableció el régimen subsidiado, constituido con el fin de satisfacer el derecho a la salud de la población “más pobre y vulnerable del país”, mediante el pago por parte del Estado “de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad...”²⁰

De igual manera, señaló como regla rectora del Sistema que “La afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.”²¹

Precisa así mismo, los tipos de participantes en el servicio: unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado, cada uno con características propias y sobre los cuales la Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades²², y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. Al primer tipo pertenece la población con capacidad contributiva y sus beneficiarios, administrado a través de las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.)²³. Al segundo, y en aplicación del principio de solidaridad, se afilia la población sin capacidad contributiva; este régimen es administrado por las EPS-S. Y por último, pertenece también al Régimen de Seguridad Social la población simplemente “vinculada”, condición temporal en la cual sólo pueden vincularse al régimen subsidiado, destinado 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.²⁴

En efecto, debe precisarse que las entidades encargadas de garantizar tal derecho a la población pobre y vulnerable, están obligadas a permitir el acceso a los servicios de salud de todas las personas que lo requieran. En ese sentido, el artículo 43.2 de la Ley 715 de 2001, señala que es competencia de los departamentos, entre otras: “Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones

prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.”

En virtud de ello, igualmente ha considerado la Corte que el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales que demandan las personas que requieren atención en salud, a fin de garantizar la existencia misma y su derecho a vivir dignamente y que no cuentan con los recursos para tal fin, no está sujeta a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios. Por tal razón, si una persona bajo estas circunstancias demanda la atención idónea y oportuna, o requiere de un tratamiento, procedimiento, cirugía o medicamento, excluidos del Plan Obligatorio que rige su vinculación, debe ser atendido por la entidad que le preste el servicio, la cual puede exigir el reintegro de los gastos en que incurra en cumplimiento de lo anterior.²⁵

Concluyendo lo anterior relacionado al funcionamiento de las EPS del Régimen Subsidiado y su responsabilidad en la prestación de los servicios médicos requeridos por sus afiliados, esta Corte ha indicado que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, las direcciones de salud territoriales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud, quienes a su vez, afiliarán a los beneficiarios del subsidio, y prestarán directa o indirectamente los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado - POS-S, para lo cual deberán asumir un papel pedagógico con el fin de que los afiliados conozcan los procedimientos para acceder a estos beneficios.

En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela²⁶.

1. La naturaleza jurídica de los pagos moderadores y casos en los que cabe su exoneración.

El artículo 187 de la ley 100 de 1993, ha dispuesto que “en ningún caso los pagos

moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.” En el mismo sentido, la Ley 1122 de 2007²⁷, en su artículo 14, literal g), exoneró del cobro de copagos y cuotas moderadoras a los afiliados al Régimen Subsidiado en Salud que se encuentren clasificados en el nivel I del Sisbén²⁸:

“Artículo 14. Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

“(…)

“A partir de la vigencia de la presente Ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

“(…)

“g. No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del SISBEN o el instrumento que lo remplace. (…)”

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha reiterado que cuando una persona no cuenta con los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras, su exigencia, limita su acceso a los servicios de salud y, en los casos en que estos se requieran con urgencia, podrían verse afectados algunos derechos fundamentales, los cuales deben ser protegidos teniendo en cuenta su primacía frente a cualquier otro tipo de derecho.

Así, en la Sentencia T-328 de 1998²⁹ la Corte expresó:

“El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada

anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria.

No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos³⁰ y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicado para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política pues, ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.”³¹

El Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y establece la diferencia entre las cuotas moderadoras y los copagos: las primeras, se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, y, los segundos, se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios; estos, son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.

Igualmente en el citado Acuerdo, se regulan los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Así, el artículo 4º dice que las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante.

Ahora bien, en el Artículo 7º establece que están sujetos al cobro de copagos todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: 1. Servicios de promoción y prevención; 2. Programas de control en atención materno infantil; 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles; 4. Enfermedades catastróficas o de alto costo; 5. La atención inicial de urgencias y, 6. Los servicios que, conforme al artículo 6º del Acuerdo están sujetos al cobro de cuotas moderadoras.³²

Por otra parte, el artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994, establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el cual señala que “... se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad

técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento.”

La enunciada resolución define, que son patologías catastróficas aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. También dispuso que se consideran dentro de ese nivel, los siguientes procedimientos: Trasplante renal, diálisis, neurocirugía sistema nervioso, cirugía cardíaca, reemplazos articulares, manejo del gran quemado, manejo del trauma mayor, manejo de pacientes infectados por VIH, quimioterapia y radioterapia para el cáncer, manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos y tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas.

Al respecto de las personas que padecen enfermedades catastróficas, la Corte Constitucional³³ ha sostenido que, existe una urgencia en la prestación del servicio a la salud, y ha ratificado que procede la regla de no exigibilidad de los copagos correspondientes por considerarse que ante esa reclamación se pueden ver afectados derechos fundamentales.

En la Sentencia T-984 de 2006³⁴ esta Corporación reiteró que cuando una persona no cuenta con los recursos económicos para sufragar los costos de las cuotas correspondientes y requiera de un tratamiento con urgencia, en razón a su estado de salud, éste deberá prestársele sin sujeción a lo estipulado en la norma que contempla la exigibilidad de los pagos.

En este sentido, la Corte señaló expresamente que

“cuando una persona requiera de un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste por no tener la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes, se deberá inaplicar la normatividad y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger su derecho fundamental a la vida, en conexidad con el derecho a la salud.”

Adicionalmente a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-697 de 2007³⁵, estableció dos reglas jurisprudenciales de origen constitucional, para determinar los casos en

que es necesario eximir al afiliado del pago de las cuotas moderadoras y de los copagos a fin de obtener la protección de algún derecho que pueda resultar vulnerado: primero, cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor³⁶ y segundo, 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 suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio³⁷.

En este orden de ideas, de conformidad con lo indicado, se tiene que la exigencia reglamentaria de reclamar el pago de cuotas moderadoras no es contraria a la Constitución pues, a través de ellos se busca obtener una contribución económica al Sistema en razón a los servicios prestados. Sin embargo, aquél no podrá exigirse cuando de su aplicación surja la vulneración a un derecho fundamental³⁸.

En todo caso, se precisa, será el juez constitucional el encargado de verificar, en cada caso,

Para concluir, estos pagos moderadores o cuotas de recuperación no pueden constituirse en barreras de acceso a los servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos, y, los grupos más vulnerables de la población al igual que los usuarios que pertenecen al Régimen Subsidiado Nivel I del Sisbén, se encuentran exonerados por la ley de hacer dicho pago. En todo caso, el juez constitucional deberá analizar cada caso en particular y determinará si estos pagos obstaculizan el acceso al servicio de salud, y si como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales.

1. Carencia actual de objeto por hecho superado. Reiteración de la Jurisprudencia

La Corte Constitucional en forma reiterada ha señalado que el propósito y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, ha sido señalar que la tutela se limita a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

Igualmente, esta Corporación ha hecho referencia a la “carencia actual de objeto”, fundamentado ya en la existencia de un hecho superado³⁹, o ya en un daño consumado⁴⁰.

La carencia actual de objeto por hecho superado se presenta cuando lo que se pretende al interponer la acción de tutela es una orden de actuar o dejar de hacer y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sobrevienen hechos que demuestran que la vulneración a los derechos fundamentales ha cesado. En este evento, la Corte considera que el reclamo ha sido satisfecho, y, en consecuencia, la tutela pierde eficacia y razón, al extinguirse su objeto jurídico resultando inocua cualquier orden judicial. Toda vez que “la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío”⁴¹.

Por lo anterior, cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela deja de ser el mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y, por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

Es pertinente, entonces, verificar si, en el caso bajo estudio, la Corte se encuentra frente a la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado.

1. Análisis del caso concreto.

En el presente caso, la acción de tutela es presentada por la señora Luz Marina Fernández Rincón, en calidad de agente oficiosa de su madre la señora Filomena Rincón de Fernández, quien, a través de la presente acción constitucional, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida a fin de que la EPS-S CAFAM la exonere de la cuota moderadora por el suministro de oxígeno domiciliario que requiere con urgencia.

De las pruebas que se encuentran dentro del expediente, tenemos que La señora Filomena Rincón de Fernández, nació el 21 de noviembre de 1930, por lo que cuenta actualmente con 80 años de edad; igualmente se demostró que se encuentra afiliada en el régimen subsidiado a la EPS-S CAFAM, Nivel I de la Mesa, Cundinamarca.

La entidad accionada aportó al proceso la historia clínica de la paciente, verificándose la orden emitida por su médico tratante del uso de oxígeno de por vida, a causa de una afección cardíaca diagnosticándole, EPOC descompensado, para lo cual requiere manejo intrahospitalario.

A raíz de ello, el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, le suministró el oxígeno los tres primeros meses, para lo cual solo pagó la suma de \$15.000.00, pero que al solicitar el servicio por los próximos tres meses, el hospital le informó que debía cancelar la suma de \$154.000.00.

Sostiene la accionante, que tanto ella como su madre pertenecen a una familia de escasos recursos económicos y no cuentan con el dinero para sufragar los gastos que generaría el uso del oxígeno domiciliario ordenado por el médico tratante.

Por lo anterior, presentó acción de tutela tendiente a solicitar la protección de sus derechos fundamentales y la exoneración del pago de la cuota moderadora, para acceder al servicio. El juez de instancia, negó la solicitud por considerar que el Hospital no vulneró en ningún momento los derechos fundamentales de la actora, por cuanto cumplió con el servicio en forma diligente y eficiente dentro de lo que se refiere a su competencia.

La actora, nuevamente acude a la acción constitucional por los mismos hechos, pero esta vez, contra la EPS-S CAFAM y vincula a la Secretaría de Salud de Cundinamarca, la cual es resuelta a favor de la señora Filomena Rincón de Fernández, exonerándola del pago de las cuotas moderadoras.

Para el análisis del presente caso, se analizará: primero, si se encuentra probada la legitimación por activa de quien impulsó la acción constitucional, segundo, la posible temeridad de la accionante por la presentación de una tutela posterior a la que se revisa, y tercero, si existe carencia actual de objeto por hecho superado.

1.- La Agencia oficiosa.

La Corte ha reiterado que un tercero podrá actuar como agente oficioso sin que medie poder para el efecto, en los casos en que el titular de los derechos invocados no se encuentre en

condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio, siempre que esta circunstancia se exprese en el escrito de tutela⁴².

Estudiando el caso que nos ocupa, la legitimación por activa de la señora Luz Marina Fernández Rincón, en calidad de agente oficiosa de su madre la señora Filomena Rincón de Fernández, está plenamente legitimada, teniendo en cuenta que trata de su progenitora, quien por su avanzada edad no está en condiciones de promover su propia defensa.

2.- La posible temeridad.

A pesar de que la identidad de la causa que se pretende es la misma en ambas tutelas, es decir, la exoneración de la cancelación del copago, y que la identidad de objeto, de las demandas buscan la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental, observamos que la identidad de partes, difiere en ambas acciones de tutela, por cuanto no se dirigen contra el mismo demandado.

En la primera de las tutelas se dirige contra el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, Cundinamarca, la cual es objeto de análisis de esta Sala, y en la segunda, la accionante acoge las recomendaciones del Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa, Cundinamarca, en el sentido de iniciar una nueva acción contra la EPS-S CAFAM y la Secretaría de Salud de Cundinamarca, quienes son las entidades competentes para realizar ese tipo de autorizaciones.

Efectivamente, en el fallo de la primera tutela sostuvo el juez de instancia que la entidad accionada demostró que actuó de conformidad con las disposiciones legales que regulan el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y que el servicio que prestó fue oportuno y eficiente y por ende no se le vulneró el derecho a la vida ni a la salud.

Sin embargo, el juez de conocimiento debió vincular a las entidades obligadas a la prestación de éstos servicios, y que, como ya se analizó en las consideraciones, le corresponden a las EPS-S en este caso, a la EPS-S CAFAM por pertenecer la accionante al Nivel 1 régimen subsidiado, y en su defecto, recomendó iniciar una nueva acción contra éstas entidades.

Al ser evidente la omisión en la vinculación, las entidades en su momento no tuvieron la

oportunidad de conocer el hecho y hacer los respectivos descargos; y para la accionante, un estado de indefensión al negar su solicitud de amparo. Esto obligó a la accionante a interponer una nueva acción de tutela, contra la EPS-S CAFAM y la Secretaría de Salud de Cundinamarca.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-1104 de 2008, ha determinado que la declaratoria de improcedencia de la tutela por temeridad debe analizarse desde una perspectiva distinta a la meramente procedimental, cuando la presentación de la nueva acción constitucional se funda en:

“(i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia⁴³ o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe⁴⁴; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho⁴⁵; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante”.⁴⁶

En efecto, ante esta ausencia, ha dicho la Corte, no es posible que exista cosa juzgada ni temeridad y, por lo tanto, la Sala considera que la acción de tutela es procedente en el caso que se analiza.

3.- De la carencia actual de objeto por hecho superado.

Ante los requerimientos de la Corte Constitucional, la Secretaría de Salud de Cundinamarca, mediante oficio del 23 de febrero de 2011, informó que la pretensión objeto de ésta tutela fue posteriormente resuelto por sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, quien ampara los derechos fundamentales invocados, dentro del proceso de una nueva tutela interpuesta por la accionante.

Es claro, que para la Corte que cuando las situaciones de hecho que amenazan o vulneran los derechos fundamentales de las personas cesan o desaparecen durante el trámite de la tutela, esta acción, como mecanismo de protección inmediata de derechos fundamentales, pierde su razón de ser.⁴⁷ En ese sentido, la Corte ha dicho:

“Esta Corporación, al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, en forma reiterada ha señalado que el objetivo de la acción de tutela se circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

Así las cosas, se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el mencionado artículo, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos.

No obstante, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”.⁴⁸

En el caso en estudio, es menester recordar que el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa, Cundinamarca, declaró improcedente la tutela al derecho fundamental a la salud y a la vida solicitada por la accionante, en razón a la falta de legitimación por pasiva. Sin embargo, la misma actora presentó posteriormente, otra demanda de tutela, concretada exclusivamente a la protección de sus derechos fundamentales vulnerados, contra la EPS-S CAFAM y la Secretaría de Salud de Cundinamarca, la cual fue resuelta favorablemente por el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, en fallo del 22 de febrero de 2011.

Por ello, la Sala considera que la situación fáctica que dio origen a la interposición de la presente acción, ya ha sido superada con la acción constitucional presentada por la accionante en forma posterior, toda vez que le fueron amparados los derechos fundamentales invocados, lo cual permite afirmar que los mismos fueron satisfechos.

Se presenta pues en el caso bajo estudio, el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, según el cual la finalidad protectora del derecho fundamental cesa al momento en que la vulneración o amenaza desaparece, incluso durante el término en el que se surte la revisión por parte de la Corte Constitucional.

Así las cosas, la Sala de Revisión considera que la decisión que hubiera podido proferir por este aspecto, ha perdido su finalidad respecto de la pretensión de la señora Luz Marina Fernández Rincón en representación de su madre la señora Filomena Rincón de Fernández, pues la situación generadora de la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, ha sido superada.

Con base en las consideraciones expuestas en esta providencia, la Sala declarará la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado y revocará el fallo del 22 de octubre de 2010 proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa, Cundinamarca.

1. DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el veintidós (22) de octubre de 2010 por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa, Cundinamarca, dentro del proceso de amparo solicitado por la señora Luz Marina Fernández Rincón en representación de su madre la señora Filomena Rincón de Fernández.

SEGUNDO: DECLARAR la carencia actual de objeto, por hecho superado.

TERCERO: Líbrense por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Ausente en comisión

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta oportunidad, la Corte estudió la legitimación por activa de un Director del Departamento Ambiental de Cartagena para interponer una acción de tutela contra una sentencia proferida por la jurisdicción civil, mediante la cual se declaró la prescripción adquisitiva de un bien de uso público.

2 Sentencias T-009 de 2000, T-919 de 2003, T-919 de 2004, T-1034 de 2005, T-568 de 2006, T-089 de 2007, T-184 de 2007, T-362 de 2007, T-310 de 2008, T-502 de 2008, T-1104 de 2008, entre otras.

3 Sentencias T-919 de 2003, T-433 de 2006, T-089 de 2007, T-362 de 2007, T-310 de 2008, T-502 de 2008, entre otras.

5 Sentencias T-009 de 2000, T-919 de 2004, T-1034 de 2005, T-433 de 2006, T-184 de 2007, T-362 de 2007, entre otras.

6 Sentencia T-009 de 2000 y T-433 de 2006, entre otras.

7 Ibídem.

8 Sentencia T-184 de 2005.

9 Sentencias T-145 de 1995, T-308 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, T-1215 de 2003,

T-721 de 2003, T-184 de 2005.

10 Sentencia T-721/03.

11 Sentencias T-149 de 1995, T-566 de 2001, T-458 de 2003, T-919 de 2003 y T-707 2003.

12 Sentencia SU-388 de 2005.

13 Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

14 Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

15 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

16 Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

17 C. P. art. 13.

18 Sentencias T-134 del 28 de febrero de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 del 18 de julio de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

19 Sentencias T-207 del 12 de mayo de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 del 12 de septiembre de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 del 4 de diciembre de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

20 Artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

21 Artículo 153 inciso 2º Ley 100 de 1993.

22 Sentencia C-130 del 26 de febrero de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

23 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

24 Artículo 43.2 Ley 715 de 2001.

25 El artículo 201 de la Ley 100 de 1993, dispone que en sistema general de salud coexisten dos regímenes el contributivo y el subsidiado, el artículo 29 del Decreto reglamentario 806 de 1998 establece que la población pobre y vulnerable del País será afiliada al régimen

subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, el artículo 30 de la misma disposición garantiza a los afiliados al régimen subsidiado el alcance progresivo de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo, y el artículo 31 del decreto en mención prevé que cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera un servicio no incluido en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir sus costos puede acudir a una entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado para demandar la prestación del servicio.

26 Sentencia T-1185 de 2005.

27 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”

28 El Acuerdo 365 de 2007 hizo lo mismo con los siguientes grupos poblaciones especiales del Régimen Subsidiado, advirtiendo que su identificación debía hacerse mediante listados censales diferentes al Sisbén: Población infantil abandonada, Población indigente, Población en condiciones de desplazamiento forzado, Población indígena, Población desmovilizada y Personas de la tercera edad bajo la protección de ancianatos o instituciones de asistencia social.

Por su parte la sentencia T-760 de 2008 señaló que “ Las EPS y las entidades territoriales que obstaculizan el acceso a los servicios de salud a una persona que carece de recursos económicos, irrespetan su derecho constitucional a acceder a los servicios de salud sin discriminación y, además, actúa en contra de la ley, puesto que la constitucionalidad de la norma legal invocada fue condicionada, precisamente, a que el pago no se constituya en una barrera a la accesibilidad al servicio de salud para los que carecen de recursos económicos (art. 187, Ley 100; sentencia C-542 de 1998). Esta regla también ha sido aplicada en el contexto del régimen subsidiado, en el que las personas, por su condición de beneficiarios, suelen estar sometidos a copagos, para colaborar en la financiación de lo servicios que reciben, y así promover la sostenibilidad del sistema. Se ha garantizado, el acceso, por ejemplo, a servicios tales como oxígeno domiciliario permanente. De forma similar, se ha protegido el derecho a acceder a los servicios de salud necesarios, cuando los pagos moderadores se convierten en un obstáculo a los más pobres. Así, por ejemplo, se ha garantizado el acceso a medicamentos que se requieren”

29 Sentencia T-768 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

30 Sentencias C-265 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-639 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz

31 Sentencia T-328 de 3 de julio 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

32 Acuerdo 260 de 2004, Artículo 6º. Servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras. Se aplicarán cuotas moderadoras a los siguientes servicios, en las frecuencias que autónomamente definan las EPS: // 1. Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada. // 2. Consulta externa por médico especialista. // 3. Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos. El formato para dicha fórmula deberá incluir como mínimo tres casillas. // 4. Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo cuatro casillas. // 5. Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo tres casillas. // 6. Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud. //

Parágrafo 1º. En ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias. // Parágrafo 2º. Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios. // Parágrafo 3º. Las cuotas moderadoras se pagarán al momento de utilización de cada uno de los servicios, en forma independiente.

33 Ver Sentencia T-754 de 14 julio de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería

34 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

35 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

36 Ver Sentencia T-743 de 6 de agosto de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

37 Ver Sentencia T-330 de 28 de abril de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

38 Ver Sentencia T-697 de 6 de septiembre de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

39 Sentencia T-519 de 1992.

40 Sentencias C-540 de 2007 y T-218 de 2008.

42 Sentencia T-294 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

43 Sentencia T-184 de 2005.

44 Sentencias T-145 de 1995, T-308 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-184 de 2005.

45 Sentencia T-721/03.

46 Sentencias T-149 de 1995, T-566 de 2001, T-458 de 2003, T-919 de 2003 y T-707 2003.

47 Ver sentencias T-307 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-488 de 2005, MP. Álvaro Tafur Gálvis; T-630 de 2005, MP. Manuel José Cepeda; T-430 de 2006, MP Alfredo Beltrán Sierra; T-700 de 2008, MP Clara Inés Vargas; T-283 de 2008, MP Mauricio González Cuervo y T-147 de 2010, MP Nilson Pinilla Pinilla.

48 Sentencia T-308 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil.