

Sentencia T-365-09

(Bogotá DC, mayo 22 de 2009)

Referencia: expediente T-2.139.030

Accionante: José Joaquín Rúa Pineda

Accionado: Servicio Seccional de Salud de Antioquia y Comfenalco EPS-S.

Fallos objeto de revisión: Sentencia de la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Medellín del 22 de octubre de 2008, que revoca la sentencia del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín del 22 de septiembre del 2008.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda de tutela.

1.1. Derechos fundamentales vulnerados: vida digna, igualdad, seguridad social, salud y tercera edad.

1.2. Hecho vulnerador: omisión de autorizar valoración médica con especialista en dermatología.

1.3.- Pretensión: Se ordene al Servicio Seccional de Salud de Antioquia y/o a la EPS-S Comfenalco -Seccional Antioquia-, que autorice la evaluación médica por especialista en dermatología, según la orden emitida por el médico general tratante adscrito a la EPS-S demandada. Se brinde la atención integral que requiere para tratar la patología que padece en su piel (psoriasis y eccema), incluyendo el suministro de los medicamentos y exámenes de laboratorios que requiera y se exonere de los copagos que le correspondan, dada su precaria situación económica.

## 2. Respuesta de las entidades accionadas.

### 2.1. E.P.S Caja de Compensación Familiar -Comfenalco-.

La apoderada especial de dicha entidad informa que el señor José Joaquín Rúa, se encuentra afiliado a la E.P.S Comfenalco Antioquia del Régimen Subsidiado, en el Municipio de Medellín. En tal calidad, tiene derecho a que se le presten las atenciones incluidas en el Acuerdo 306 de 2005.

Sostiene que de conformidad con la normatividad vigente<sup>1</sup> es claro que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia -DSSA-, tiene a su cargo las prestaciones que se encuentren por fuera del POS-S.

Recuerda que los entes territoriales suscriben contratos con las EPS-S, para la prestación de servicios de salud que tienen como objeto exclusivamente el POS del Régimen Subsidiado. Los servicios no cubiertos con subsidios a la demanda o sea no incluidos en el POS-S, están a cargo de la respectivas Direcciones Seccionales de Salud, toda vez que son las encargadas de administrar los recursos que se destinaran no solo a la atención de la población vinculada, sino para la prestación de las actividades no POS-S de la población afiliada al Régimen Subsidiado.

En consecuencia, los servicios que requiera la población afiliada al régimen Subsidiado que no estén incluidos en el POS-S, deben ser cubiertos por el Estado con los recursos del subsidio a la oferta que administran los entes territoriales (Direcciones Seccionales de Salud).

En ese orden de ideas solicita, se integre el contradictorio con la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, ya que dicha entidad ha contratado con el Estado el aseguramiento de los servicios que se encuentran por fuera del POS-S y las atenciones de los niveles II y III de complejidad.<sup>2</sup> De igual manera pide que se declare improcedente la tutela. En caso de ser desfavorable el fallo a sus intereses, solicita se conceda el recobro a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia (DSSA).

### 2.2. Dirección Seccional de Salud de Antioquia -DSSA-.

El Secretario de Salud de Antioquia, dio respuesta a la acción de tutela de la

referencia, en los siguientes términos:

2.2.1. El accionante es beneficiario del Régimen Subsidiado y está afiliado a la EPS-S COMFENALCO, nivel II.

2.2.2. La EPS-S demandada es quien está obligada a garantizar con su propia red o la contratada, la prestación de los servicios de salud y el suministro de medicamentos incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Lo anterior con fundamento en el artículo 14 literal j) de la Ley 1122 de 2007, modulado por la sentencia C-463 de 2008.

La DSSA no es competente por cuanto de la norma en comento, se colige que los usuarios del régimen subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS-S en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el POS-S.

2.2.3. Sobre la atención integral para los afiliados al régimen subsidiado, señala que es responsabilidad de la EPS-S accionada. La DSSA, no puede asumir con su presupuesto, el costo que ya se ha pagado a las EPS-S, pues estaría efectuando un doble pago con detrimento patrimonial del Estado e incurriendo en el delito de peculado, para beneficiar a una entidad que está incumpliendo las obligaciones,.

La Dirección Seccional de Salud de Antioquia, no es una EPS, ni IPS, ni ESE, es un ente territorial que facilita el acceso a la salud para aquellas personas que habitan el Departamento a las que no le fueron asignadas EPS-S. Precisa que los recursos estatales de los entes territoriales no se deben malgastar en asignaciones diferentes, como el pago de cuotas de recuperación, gastos de transporte etc., toda vez que se le está restando la oportunidad de atención y cobertura en salud a otro usuario que lo requiere.

2.2.4. Sobre la exoneración de cuotas de recuperación, sostiene que no es posible acceder a ello, pues se trata de una obligación económica que no debe ser pretendida por vía de tutela.

Luego de referirse al contenido de los artículos 11 del Acuerdo 260 de 2004 y 18 del Decreto 2357 de 1995, concluye, que la DSSA no está obligada a sufragar por el

accionante la cuota de recuperación, toda vez que no estaría ejerciendo sus funciones conforme a la normatividad vigente. Así como el Estado contribuye con lo que legalmente le corresponde, igualmente, el particular debe contribuir con lo que la norma le imponga, ya que no nos encontramos ante un Estado capaz de asistir económicamente a la totalidad de la población.

El deber de la DSSA, es garantizar las atenciones en salud que le corresponde brindar a la población pobre y vulnerable vinculada o subsidiada del Departamento en los niveles 1, 2 y 3 del SISBÉN, es decir, se autorizan los servicios y se debe cancelar a cada IPS o ESE el valor del procedimiento o actividad realizada, pero no la cuota que cada usuario está obligado a cancelar como contraprestación por el servicio recibido.

Anota, que en cada caso debe verificarse la no existencia de otro medio ordinario de defensa y la existencia de un perjuicio irremediable o sea la urgencia vital que ponga en riesgo inminente la vida del paciente. Con fundamento en lo expuesto, solicita se exonere a la DSSA de toda responsabilidad, por cuanto no es de su competencia la prestación de los servicios solicitados por el accionante.

### 3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. El Sr. Rúa Pineda accionante de 60 años es beneficiario del Régimen Subsidiado nivel II, afiliado a la EPS-S COMFENALCO ANTIOQUIA.

3.2. Desde hace 10 años padece de lesiones en la piel (psoriasis y eccema), razón por la cual ha tenido que consultar constantemente, pues tiene placas en todo su cuerpo. Los tratamientos a los que se ha sometido no han sido positivos, por lo que el 28 de enero de 2008, el médico tratante de la EPS-S COMFENALCO ordenó que fuera evaluado por un especialista en dermatología.

3.3. No obstante que llevó dicha orden a la EPS-S Comfenalco, no le han dado la cita con el especialista y su situación de salud se agudiza cada día más, nadie le da trabajo no sólo debido a su edad, sino por la situación de salud que presenta, la cual es notoria.

3.4. Por lo expuesto, solicita se conceda el amparo impetrado ordenando al Servicio Seccional de Salud Antioquia o a la EPS Comfenalco, que autorice la evaluación por

dermatólogo, así como la atención integral que requiera para tratar la patología que padece. En razón de sus condiciones económicas (no labora, ni recibe ningún ingreso), solicita sea exonerado de cancelar los copagos que en principio le corresponderían.

3.5. Pruebas: Fotocopia del carnet del SISBÉN. Copia la orden de remisión a dermatología<sup>3</sup>.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1. Fallo de Primera Instancia (Sentencia del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín del 22 de septiembre de 2008).

Señala que los Departamentos y Distritos Especiales deben garantizar la atención en salud de los servicios diferentes al nivel I de complejidad, puesto que la atención de ese nivel, la asumen los municipios. A su vez, los municipios garantizan a través de las EPS-S las atenciones, tratamientos y rehabilitaciones del primer nivel, cuando aquellos están dentro del POS-S.<sup>4</sup>

Los Departamentos y Distritos Especiales en convenio con las entidades públicas y privadas, atienden con el subsidio de oferta, los tratamientos excluidos del POS-S (art. 42 del Acuerdo 244 de 2003).

Por tanto, las EPS-S, tienen el deber de organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del POS-S. Los servicios excluidos de aquél no le son exigibles, correspondiéndole estos -según el nivel de atención- a los Municipios o a los Departamentos o Distritos Especiales, por medio de las entidades públicas o privadas que contraten, prestar los servicios que requieran los afiliados al régimen subsidiado excluidos del POS-S.

El suministro del servicio médico que requiere el accionante, no se encuentra dentro de los establecidos en el Acuerdo 306 de 2005 y por tanto, se encuentra por fuera del POS-S, correspondiendo su realización a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

Acorde con lo expuesto concluye que ha existido por parte de la DSSA una

vulneración de los derechos a la salud, seguridad social y vida digna del accionante, toda vez que a esa entidad es a la que le corresponde prestar el servicio requerido, y en este orden de ideas concede el amparo, ordenando a dicha entidad que suministre la prestación solicitada. Igualmente ordena que se le brinde la atención integral en relación con la patología de "PSORIASIS y ECCEMA" que lo aqueja. Indica, que si del tratamiento integral surgen atenciones que no estén dentro de su competencia, podrá acudir al recobro al FOSYGA.

De otro lado sostiene, que la reglamentación que exige el pago de copagos destinados a la racionalización de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, no puede aplicarse cuando con ellos se desconozca el derecho a la salud de aquellas personas que no cuentan con los recursos económicos suficientes para cubrir las cuotas que le exige la entidad territorial o la EPS-S a la que se encuentre adscrito el accionante. El actor, si bien pertenece al nivel II del Sisbén, es una persona senil, que no labora y se encuentra en precaria situación económica, por lo que considera que tal condición, no puede ser una barrera de acceso a los servicios de salud. En consecuencia, ordena a la DSSA que asuma el cubrimiento del 100% del tratamiento requerido por el Sr. José Joaquín Rúa Pineda, dado que la falta de capacidad económica no puede ser una barrera de acceso a los servicios de salud para las personas más pobres y vulnerables, por lo que se entiende exonerado de las cuotas de recuperación y el copago, según sea el caso.

#### 4.2. Impugnación.

El representante legal de la DSSA, impugna la providencia argumentando:

4.2.1. De acuerdo con el artículo 14, literal j) de la Ley 1122 de 2007, modulado por la sentencia C-463 de 2008 a la EPS-S accionada es a la que le corresponde la prestación del servicio en salud, no siendo la DSSA la competente para hacerlo.

De la declaratoria de exequibilidad condicionada que hizo la Corte en el fallo en comento, se colige que los usuarios del régimen contributivo y subsidiado, pueden presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos ordenados por el galeno tratante, aunque no estén incluidos en el POS. Además, en el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos, y sean obligadas a su prestación mediante la acción de tutela, los costos de la misma

deben ser cubiertos por partes iguales entre la EPS y el FOSYGA.

4.2.2. Sobre el tratamiento integral para los afiliados al régimen subsidiado, señala es responsabilidad de la EPS-S. La DSSA no puede asumirlo con su presupuesto, pues ya ha pagado a las EPS-S el valor correspondiente y se efectuaría un doble pago en detrimento del patrimonio del Estado y se incurriría en peculado. La DSSA es un ente territorial que tiene a su cargo facilitar el acceso a la salud en su jurisdicción, a las personas que no les ha sido asignada la EPS del régimen subsidiado.

4.2.3. En lo pertinente a las cuotas de recuperación indica que los recursos estatales destinados a los entes territoriales no se deben malversar en asignaciones diferente como el pago de cuotas de recuperación, transporte etc., toda vez que se resta oportunidad de atención y cobertura en salud a quien sí la requiere.

4.2.4. Solicita se exonere a la DSSA de toda responsabilidad, por cuanto no es de su competencia la prestación de los servicios solicitados por el accionante.

4.3. Fallo de Segunda Instancia (Sentencia del Tribunal Superior de Medellín del 22 de octubre de 2008)

En el presente asunto el accionante requiere ser valorado por dermatólogo, para determinar el tratamiento a seguir frente a la afección en la piel que padece. Sin embargo advierte, que del material probatorio que obra en el expediente no se puede concluir que la salud y vida del actor estén en una situación de peligro que de no ser atendido en un término perentorio, sufra un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional.

Recuerda que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, concedió facultad jurisdiccional a la Superintendencia de Salud para que mediante el trámite establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, conozca y falle en forma definitiva de tales asuntos<sup>5</sup>, por lo que no es posible recurrir a la tutela. Recuerda que dicha entidad, puede imponer sanciones pecuniarias frente a las irregularidades que se presenten en la prestación del servicio de salud por parte de las EPS.

En síntesis, señala que del referido artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en armonía

con las sentencias C-117 y C-119, de 2008, se infiere que en este caso no se evidencia la necesaria protección constitucional, porque no se avizora un perjuicio irremediable que amerite la acción de tutela frente al mecanismo administrativo ordinario al que se hizo alusión, pues no se está ante una vulneración grave que amerite medidas urgentes de protección para evitar la consumación de un daño. En consecuencia, revoca el fallo de primera instancia y deniega el amparo.

## II.- CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política; el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36 y el Auto del 29 de enero de 2009 de la Sala de Selección de Tutela No Uno de la Corte Constitucional.

### 2. El Problema Jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar, si con la omisión de autorizar la valoración por especialista en dermatología que requiere el actor, para tratar las lesiones de la piel (psoriasis y eccema) que padece desde hace 10 años, las entidades accionadas han violado los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y la seguridad social del demandante.

Con el fin de abordar este problema jurídico, la Sala reiterará los precedentes constitucional sobre: i) el derecho a la salud en el caso de los adultos mayores, ii) el derecho al diagnóstico, iii) las subreglas jurisprudenciales para conceder tratamientos y procedimientos no P.O.S, iv) los pagos moderadores dentro del Régimen Subsidiado, v) el principio de integralidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, vi) la competencia de las Secretarías Departamentales y Municipales de Salud dentro del régimen subsidiado y, vii) las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, para luego resolver el caso concreto.

### 3. Consideraciones generales.

#### 3.1. Carácter fundamental autónomo del derecho a la salud en el caso de los adultos

mayores. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de 1991, establece en varias de sus disposiciones una protección especial para todas aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Es así como el inciso segundo del artículo 13 dispone: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” y seguidamente estipula que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

De allí surge, que las personas en condición de debilidad sean sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47).<sup>6</sup> En tales eventos, la salud tiene el alcance de derecho fundamental autónomo<sup>7</sup> para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela, debido a sus especiales características de vulnerabilidad y su conexidad con los derechos de rango superior, tales como la vida y a la dignidad humana.<sup>8</sup>

En consecuencia, las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a brindarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante.<sup>9</sup>

Sobre el particular se afirmó en la Sentencia T-638 de 2007<sup>10</sup>:

“En el caso específico de las personas de la tercera edad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que tal carácter de derecho fundamental del derecho a la salud se explica por las características de especial vulnerabilidad de este grupo de la población y por la necesaria articulación que respecto de las personas de tercera edad surge entre dicho derecho y los derechos a la vida y a la dignidad humana.”

Y en la Sentencia T- 760 de 2008<sup>11</sup> dijo:

“La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es

fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad.<sup>12</sup>

“Sin embargo, esta variante jurisprudencial deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud.”

En ese contexto, cuando un adulto mayor haga o no parte de la tercera edad y se encuentre con alguna afección que altere su salud, la cual lo conduzca a solicitar la atención médica necesaria, sea dentro o por fuera del plan obligatorio o subsidiado de salud y esta se niegue, gozará de protección constitucional puesto que su derecho a la salud es fundamental.

### 3.2. Del derecho al diagnóstico.

La Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que al negarse a los afiliados al sistema de seguridad social en salud, la realización de un examen de diagnóstico que ayudaría a detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión, para así determinar el tratamiento necesario a seguir, se está poniendo en peligro el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

En tal sentido, esta Corporación en la sentencia T-366 de 1999, señaló que “el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico<sup>13</sup>, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen”.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha abierto paso a la consolidación del derecho al diagnóstico como presupuesto de la adecuada prestación del servicio público de atención en salud.<sup>14</sup> En efecto la Corte ha sostenido que: “...cuando no se practica

un examen diagnóstico requerido para ayudar a detectar una enfermedad y por ende determinar el tratamiento necesario, se está poniendo en peligro el derecho a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida”<sup>15</sup>.

De ahí entonces, para la Corte resulta claro, que cuando se niega la realización de un examen de diagnóstico que se requiere para ayudar a detectar la enfermedad que aqueja a un paciente o para precisar su nivel de afectación y así determinar el tratamiento necesario a seguir, se pone en peligro su derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida.

3.3. La acción de tutela para la obtención de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del POS, o del POS-S y las formas de protección de los derechos fundamentales frente a los servicios no incluidos en los planes Obligatorios de Salud.

Para brindar el servicio público esencial de seguridad social en salud se han diseñado los Planes Obligatorios de Salud para los afiliados al régimen contributivo y al régimen subsidiado,<sup>16</sup> pudiendo éstos contener exclusiones y limitaciones de servicios, con fundamento en el criterio de la escasez de recursos del sistema y en el carácter programático y de desarrollo progresivo de los derechos prestacionales, lo que es constitucionalmente admisible, en tanto pretende salvaguardar el equilibrio financiero del mismo.

Empero, este Tribunal ha aclarado, que en determinadas situaciones la aplicación de las exclusiones y limitaciones previstas en los Planes Obligatorios de Salud, pueden ocasionar la vulneración de derechos fundamentales, lo que impone para el caso, la inaplicación de la reglamentación excluyente del tratamiento o medicamento requerido, para ordenar el suministro del mismo. Con esto se busca evitar que una regulación legal o administrativa afecte las garantías constitucionales y los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas.<sup>17</sup>

En desarrollo del postulado anterior, la Corte ha definido los requisitos que deben verificar las autoridades para otorgar la protección del derecho a la salud en casos concretos e inaplicar normas reglamentarias de los Planes Obligatorios de Salud, a saber: i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la

integridad personal del interesado; ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

#### 3.4. Pagos moderadores dentro del Régimen Subsidiado. Reiteración de Jurisprudencia.

Específicamente, dentro del régimen subsidiado de seguridad social en salud existen dos tipos de pagos moderadores: los copagos y las cuotas de recuperación.

Los copagos se encuentran regulados en el Acuerdo 260 de 2004 y se fijan según el nivel del Sisbén en el que fue clasificado el afiliado. En tal sentido, el artículo 11 de la norma en mención, establece:

“Los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén de la siguiente manera:

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. (Nota marginal: Este numeral fue derogado por el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 que en su literal g) señala: “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.”

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.”

En lo referente a las cuotas de recuperación, el Decreto 2357 de 1995, a través del cual se reglamentan algunos asuntos del régimen subsidiado en salud, señaló en su artículo 18, que éstas se cancelarían directamente a la IPS en un porcentaje proporcional al nivel del Sisbén asignado al afiliado, de la siguiente manera:

“1) Para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación;

2) La población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el niveles 1 del SISBEN o incluidas en los listados censales pagarán un 5 % del valor de los servicios sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por la atención de un mismo evento y en el nivel dos del SISBEN pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes;

3) Para la población identificada en el nivel 3 de SISBEN pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento;

4) Para las personas afiliadas al régimen subsidiado y que reciban atenciones por servicios no incluidas en el POSS, pagarán de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del presente artículo.

5) La población con capacidad de pago pagará tarifa plena.

Ahora bien, aunque la existencia de los pagos moderadores tiene plena justificación constitucional al contribuir con la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y propender por la correcta utilización del servicio público de salud, no es posible exigir su cancelación como condición para autorizar y suministrar el procedimiento, tratamiento o medicamento ordenado por el médico tratante, toda vez, que bajo ninguna circunstancia los pagos compartidos pueden constituir barreras de acceso para la población pobre.<sup>18</sup>

Esta Corporación ha sido enfática en señalar que si bien la cancelación de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación son un deber de los usuarios del sistema, ello no faculta a las empresas promotoras de salud, a las instituciones prestadoras de servicios, ni a las entidades territoriales, para imponerlas a los afiliados como requisito de acceso y suministro de aquello que necesiten para el restablecimiento de su salud.

Sobre el particular dijo la Sentencia T-524 de 2007, lo siguiente:

(...) la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, en sentencia C-542 de 1998, condicionó su constitucionalidad en el entendido que si el usuario del servicio -afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, '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, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes'(...) .19

Así mismo, esta Corporación ha señalado que de llegar a establecerse que la persona no cuenta con la capacidad económica suficiente para sufragar el valor del copago o cuota de recuperación es viable proceder a exonerarla de su cancelación, ya que tal exigencia, aún cuando se realice con posterioridad a la prestación del servicio, afectaría el mínimo vital del usuario y de su núcleo familiar. En tales oportunidades, el cubrimiento del 100% del pago moderador corresponde a la entidad encargada de la prestación del servicio.<sup>20</sup> Tal interpretación es de gran trascendencia al momento de emitir pronunciamiento cuando los sujetos que solicitan el amparo son de especial protección estatal, por su condición de marginalidad.

En cuanto a la entidad encargada de prestar el servicio excluido del POS-S y asumir su costo, esta Corporación ha señalado que, por regla general, tal obligación está en cabeza de las entidades territoriales quienes a través de las IPS pertenecientes a su red de servicios proveen el servicio requerido con cargo a los recursos del régimen de transferencias y los subsidios a la oferta.

Empero, también ha dispuesto que las empresas promotoras de salud brinden directamente el procedimiento o tratamiento solicitado cuando quiera que se trate de

sujetos de protección especial o cuando la urgencia del servicio sea tal, que someter al afectado a la realización del trámite ante la entidad territorial pertinente resulte demasiado gravoso; esto último sin perjuicio del recobro que puedan exigir al Estado por los gastos en que incurran.<sup>21</sup>

3.5. Principio de integralidad del derecho a la salud. Casos en los que procede la orden de tratamiento integral y exoneración total de los pagos moderadores

La Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud desde dos perspectivas. La primera de ellas se refiere a la “integralidad” del concepto mismo de salud y comprende las diferentes dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud (acciones preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras).<sup>22</sup>

La segunda perspectiva, es la que se refiere a la necesidad de proteger el derecho a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un paciente.

Bajo esta dimensión, el principio de integralidad comprendería la obligación que tiene las autoridades que prestan el servicio de salud en el país, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un afiliado, con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional. <sup>23</sup>

La Ley 100 de 1993 establece este principio cuando el numeral 3° del artículo 153, señala que: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. De igual forma, el literal c) del artículo 156 ibídem, expresa que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en

salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Aparte de lo expuesto este Tribunal también se ha referido a algunos criterios determinadores en relación al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. En tal sentido ha señalado que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional<sup>24</sup> (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas<sup>25</sup> (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

6. Competencias de las Secretarías Departamentales y Municipales de Salud dentro del régimen subsidiado.

En desarrollo del Acto legislativo 01 de 2001 -artículo 2º-, que modificó el artículo 356 de la Constitución Política, se expidió la Ley 715 de 2001 que establece las competencias de los departamentos en materia de salud, así:

“ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. Sin perjuicio de

las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.

(...)

43.2. De prestación de servicios de salud

(...)

43.2.1. 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.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental (..).”

En cuanto a las competencias de los Municipios, la misma ley dispone:

“ARTÍCULO 44. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. Corresponde a los Municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

44.1. De dirección del sector en el ámbito municipal:

(...)

44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud

44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia.

44.2.3. Celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y realizar el seguimiento y control directamente o por medio de interventorías (...).”

De acuerdo con los citados artículos, los entes territoriales tienen obligaciones respecto del régimen subsidiado. Los Municipios tienen la competencia de identificar la población pobre que habite en su jurisdicción y seleccionar así a los beneficiarios, para afiliarlos a una Entidad Promotora de Salud Subsidiada.

De otro lado, para identificar las competencias respecto a la prestación de los servicios de salud de las entidades territoriales, el artículo 49 de la Ley 715 de 2001, las define dependiendo del grado de la complejidad de la atención a prestar, como se expuso en la Sentencia T-940 de 2005:

“De acuerdo con las competencias definidas por el legislador, la prestación de los servicios de salud que sean diferentes a los del primer nivel, son responsabilidad del respectivo Departamento. Al respecto la Ley 715 de 2001 en su artículo 49 parágrafo 3º consagró:

“A cada departamento le corresponderá el 59% de los montos resultantes de efectuar los cálculos anteriormente descritos de los Municipios y corregimientos departamentales de su jurisdicción, los cuales deberán destinarse para garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad, con los mismos criterios que la Nación aplica en la distribución para este componente. El 41% restante se deberá destinar a financiar la atención en el primer nivel de complejidad de cada uno de los Municipios y corregimientos de los respectivos departamentos. (Negrillas fuera de texto).

“Conforme a lo anterior, en materia de distribución de recursos para prestación del

servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, el artículo 49 dispone que a cada departamento le corresponde el 59% de los montos estipulados, los cuales deberán destinarse para garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad, con los mismos criterios que la Nación aplica en la distribución para este componente. El 41% restante se deberá destinar a financiar la atención en el primer nivel de complejidad de cada uno de los Municipios y corregimientos de los respectivos departamentos.

“De acuerdo con el precitado artículo, es de competencia de los Municipios cubrir las necesidades médicas correspondientes al primer nivel de complejidad, correspondiendo a los departamentos cubrir los servicios de los demás niveles de complejidad. (...)”. (se Subraya).

Para determinar los niveles de complejidad y los servicios y enfermedades cubiertos por cada uno de ellos, la Resolución 5261 de 1994 en el artículo 20, estableció:

“RESPONSABILIDADES POR NIVELES DE COMPLEJIDAD. Para efectos de definir la responsabilidad del personal de salud en los diferentes niveles de complejidad se establece:

NIVEL I : Médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesionales de la salud no especializados.

NIVEL II : Médico general y/o profesional paramédico con interconsulta, remisión y/o asesoría de personal o recursos especializados.

NIVEL III y IV: Médico especialista con la participación del médico general y/o profesional paramédico”.

Así las cosas, de la norma mencionada y la jurisprudencia en cita, se puede concluir que los departamentos son responsables de los tratamientos que corresponden a los niveles II, III y IV de complejidad, y el nivel I a los Municipios<sup>26</sup>.

No obstante lo anterior, cabe señalar que las entidades territoriales serán responsables del 50% del costo de los tratamientos no contemplados en el plan obligatorio de salud subsidiado, cuando se abstengan de suministrarlo, puesto que de conformidad a la

Sentencia C-463 de 2008, se condicionó el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007. Al respecto se dijo:

“Respecto de este condicionamiento impuesto por esta Corte, la Sala se permite aclarar: (i) en primer lugar, que el contenido normativo que se analiza y se condiciona como quedó expuesto, contiene el supuesto normativo de que existe una orden judicial proferida por un juez de tutela que ordena la entrega de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, intervenciones, o cualquier otro servicio médico, todos ellos excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS-, y que como consecuencia de dicha orden judicial, cualquier controversia quedará saldada; (ii) en segundo lugar, que a lo que tienen derecho las EPS, de conformidad con las disposiciones legales en salud, es a recuperar lo que está excluido del POS, por cuanto respecto de las prestaciones en salud que se encuentran incluidas en el POS, las EPS no pueden repetir contra el Fosyga.

“Con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001.”

De lo afirmado se deduce entonces, que cuando el juez de tutela condene a una EPS o EPS-S a suministrar tratamientos, medicamentos, exámenes de diagnóstico o cualquier procedimiento médico no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, sin importar que se trate del régimen subsidiado o contributivo, se deberá ordenar el recobro del 50% a la institución responsable, ya sea una entidad territorial (secretarías

de salud departamental o municipal), o al FOSYGA, pues el faltante corresponderá asumirlo la entidad promotora de salud.<sup>27</sup>

## 7. Facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud.

En lo que atañe a la garantía de prestaciones incluidas en los planes de salud, cabe señalar que el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, confirió a la Superintendencia Nacional de Salud, potestades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en esa materia fue circunscrita a controversias relativas a: i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; iii) problemas de multifiliación; y iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.<sup>28</sup>

Conforme a lo anterior, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del derecho a la salud a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede tener en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

Respecto de la falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes

obligatorios, cabe señalar que esta Corporación ha sostenido con fundamento en la indivisibilidad e interdependencia<sup>29</sup> de los llamados derechos civiles y políticos con los derechos económicos sociales y culturales, que si con la negativa del reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, se suceden casos concretos tales como: (i) condiciones particulares de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, que sugieran una especial protección constitucional (graves situaciones de indignidad, ciudadanos o grupos de ciudadanos especialmente vulnerables, entre otros); o (ii) que los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, puedan derivar en el desconocimiento de otros derechos; por ejemplo la relación inescindible que existe entre la garantía de la salud y los derechos a la dignidad y a la vida, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.<sup>30</sup>

## 8. Análisis del caso:

8.1. Verificación de los requisitos fijados por la Corte para la procedencia de la acción de tutela.

8.1.1. Conforme a la certificación emitida por el Dr. Jorge Luis Rueda Almonacid<sup>31</sup>, el actor padece de placas en la piel en todo su cuerpo (psoriasis y eccema), desde hace 10 años y no ha mejorado con los fármacos formulados por medicina general, por lo que expide orden de remisión a donde especialista en dermatología, para que sea éste quien conozca de la enfermedad crónica que padece el paciente. Frente a lo expuesto, la Sala considera que negar el examen de diagnóstico por especialista en dermatología al accionante, sabiendo que tal evaluación ayudará a detectar con mayor precisión la enfermedad que sufre e iniciar el tratamiento necesario para su recuperación y cura, está vulnerando su derecho al diagnóstico, así como poniendo en peligro su derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas y su derecho fundamental a la integridad física en tanto con dicha omisión se estaría prolongando en el tiempo el padecimiento<sup>32</sup>

. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta la certificación emitida por el médico general y en armonía con la jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera, que se encuentra cumplido el requisito que exige que la falta del procedimiento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos fundamentales a la

vida o integridad personal del interesado.

8.1.3. Ahora bien, respecto del requisito de la incapacidad económica, la jurisprudencia constitucional ha establecido una presunción en el sentido de que, en aquellos eventos en que el afectado es una persona que se encuentra inscrita en el régimen subsidiado de salud y que ha sido clasificada por la encuesta SISBÉN, en los niveles I y II, se infiere que ella carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los tratamientos, procedimientos, cirugías o medicamentos que le hayan sido prescritos por el médico tratante de la EPS del régimen subsidiado a la que se encuentre afiliado<sup>33</sup>. En el expediente está acreditado que el actor se encuentra inscrito en el Régimen Subsidiado, clasificado en el nivel II de pobreza del SISBÉN y afiliado a la EPS-S COMFENALCO. En consecuencia, la Sala encuentra verificado este tercer requisito.

8.1.4. En lo referente a la exigencia de que el diagnóstico haya sido dado por un médico adscrito a la EPS del régimen subsidiado, la Sala advierte que tal requisito también se cumple para el caso, dado que así lo informa el tutelante y no fue objeto de reparo alguno por parte de las entidades accionadas.

8.2. En conclusión para el caso, se cumplen los presupuestos que la Corte Constitucional estableció para obtener el suministro de medicamentos, procedimientos y tratamientos no POS-S.

8.3. Agotado este punto, la Sala considera necesario pronunciarse sobre las peticiones del señor José Joaquín Rúa Pineda en el sentido de que se dé una orden de tratamiento integral que incluya el suministro de medicamentos y exámenes de laboratorios que requiera para tratar la patología que padece, así como se le exonere de los copagos que le correspondan, dada su precaria situación económica. A la luz de la jurisprudencia de esta Corporación resulta procedente la orden de dar tratamiento integral al señor Rúa Pineda, ya que éste requiere de un conjunto de prestaciones en materia de salud en relación con la enfermedad crónica que padece. En tal sentido cabe recordar que la Corte ha reiterado que en virtud del principio de integralidad, se debe dar desde la atención médica inicial hasta lograr una rehabilitación satisfactoria de la condición de salud.

8.4. De igual manera y teniendo en cuenta las condiciones económicas que atraviesa el

señor Rúa Pineda (no labora, ni recibe ningún ingreso), se considera pertinente acceder a la solicitud de no cobro de cuotas de recuperación, pues como se señaló en el numeral 2.4 de las consideraciones generales de esta providencia, la falta de recursos económicos no puede ser una barrera de acceso a los servicios de salud de los afiliados.

8.5. No obstante lo anterior, cabe aclarar que para el caso la orden de tratamiento integral y de exoneración de las cuotas de recuperación está atada a los servicios médicos que requiera el accionante para tratar la patología de la piel que padece y acorde con lo que determine el especialista en dermatología, pues no se puede entender esta como una orden sin límite alguno que lo habilite para solicitar todo tipo de servicios médicos sin pago alguno, ya que ésta no es la finalidad de la decisión. Lo que se busca con la medida es evitar que el demandante se vea en la obligación de recurrir a la acción de tutela para exonerarse de las cuotas de recuperación cada vez que requiera una cita, un medicamento, un procedimiento o un servicio determinado por su médico para tratar la enfermedad de la piel que padece (psoriasis y eccema). Todo ello en consideración a las particulares condiciones que el demandante acredita en este caso.

8.6. Finalmente, solo queda por identificar a quién le compete asumir el tratamiento integral de la enfermedad que padece el peticionario y el suministro de los medicamentos y exámenes de laboratorios que requiera. Como se indicó antes el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, dispone que corresponde a los departamentos asumir los servicios de salud no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado que sean de Nivel II, III y IV de complejidad. En concordancia con dicha norma el Acuerdo 306 de 2005, estableció cuatro niveles de complejidad en el régimen subsidiado: el nivel I, que implica atención básica con el médico general, y los niveles II y III que requieren atención especializada. Por tanto, cuando se habla de procedimientos y medicamentos no cubiertos por el plan básico de salud, entonces deberá el municipio atender los casos de nivel I y el departamento los nivel II y III respectivamente.

Ahora bien, de acuerdo a lo afirmado por la EPS-S demandada, el diagnóstico con especialista que requiere el actor tiene un grado de complejidad que no corresponde al nivel de atención básica. Sin embargo en consideración a lo dispuesto en el artículo 14, literal j) de la Ley 1122 de 2007, modulado por la sentencia C-463 de 2008 y la

jurisprudencia de esta Corporación, que ha establecido que la entidad de salud es la responsable de adelantar las actuaciones necesarias para la consecución de los tratamientos y medicamentos que no estén dentro del POS-S, se ordenará a la EPS-S demandada que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice la evaluación médica por especialista en dermatología, que le fue ordenada al señor José Joaquín Rúa Pineda por el médico general tratante, así como también se le otorgue el tratamiento integral que requiere para tratar la patología de la piel que padece, esté o no dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. De igual manera se advertirá a la EPS-S COMFENALCO, ANTIOQUIA, que no podrá condicionar el cumplimiento de lo aquí ordenado al pago de cuotas moderadoras, copagos o cuotas de recuperación por parte de la accionante.

Para garantizar un equilibrio financiero y de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales consagradas en la Ley 715 de 2001, la Ley 1122 de 2007 y la Sentencia C- 463 de 200834, la EPS-S podrá repetir por el 50% contra la Secretaría de Salud del Departamento de Antioquia, en relación con los medicamentos y tratamientos, formulados por el médico tratante adscrito a la entidad, no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

### III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo de la Sala Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Medellín del 22 de octubre de 2008, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO. CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor José Joaquín Rúa Pineda.

TERCERO. ORDENAR a la EPS-S COMFENALCO -ANTIOQUIA-, que si aún no lo ha hecho, autorice dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la

notificación de la presente Sentencia, la evaluación médica por especialista en dermatología al señor José Joaquín Rúa Pineda.

CUARTO. ORDENAR a la EPS-S COMFENALCO -ANTIOQUIA-, que dentro del mismo término, suministre al señor Rúa Pineda, el tratamiento integral que sea ordenado por el médico especialista en dermatología adscrito a la entidad, para tratar la patología de la piel que padece -psoriasis y eccema-, así como todos los procedimientos, medicamentos, exámenes y tratamientos del POS-S y NO POS-S.

QUINTO. ADVERTIR a EPS-S COMFENALCO -ANTIOQUIA-, que no podrá condicionar el cumplimiento de lo aquí ordenado al pago de cuotas moderadoras, copagos o cuotas de recuperación por parte de la accionante.

SEXTO. La EPS-S COMFENALCO ANTIOQUIA de conformidad a la Ley 715 de 2001, la Ley 1122 de 2007 y la Sentencia C-463 de 2008, podrá repetir por el 50% de la suma de los dineros invertidos en el cumplimiento de la orden emitida en este fallo, contra la Secretaría de Salud del Departamento de Antioquia en relación con los procedimientos, medicamentos, exámenes y tratamientos, formulados por un médico tratante adscrito a la entidad, no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

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

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cita como sustento lo dispuesto en el Acuerdo 306 de 2005, el Acuerdo 228 de 2002, el Acuerdo 294 de 2005, la Ley 1122 de 2007, las Leyes 100 de 1993, 715 de 2001 y 10 de 1991 y los Decretos 806 de 1998 y 1298 de 1994.

2 Resolución 1980 de 1.998.

3 Folios 5 y 6 del expediente.

4 Artículo 49 de la Ley 715 de 2001.

5 El referido artículo 148 de la Ley 446 de 1993, remite para efectos del trámite en comento, al Código Contencioso Administrativo en lo que al derecho de petición en interés particular se refiere, imponiéndose como término para proferir la decisión definitiva, el de 30 días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición en forma completa.

6 La Constitución Política de 1991 amplió el marco de protección de aquellas personas que en razón de sus especiales condiciones físicas, mentales o económicas requieren de garantías que les permitan vivir dignamente.

7 Ver Sentencia T-666 de 2004.

9 Ver Sentencias T-420 de 2007 y T-989 de 2005

10 M.P. Jaime Araujo Rentería

11 Mp. Manuel José Cepeda Espinosa

12 La Corte Constitucional, siguiendo el artículo 46 de la Constitución, ha considerado el derecho a la salud de las personas de tercera edad es un derecho fundamental, entre

otros casos, en las sentencias T-527 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-935 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-441 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-073 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

13 El literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994, define el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”.

14 Ver Sentencia T-849 de 2001.

15 Ver sentencia T-232 de 2004

16 En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la C.P. y la Ley 100 de 1993.

17 Corte Constitucional, Sentencias T-114 de 1997, T-640 de 1997 y T-784 de 1998.

18 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993.

19 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 En Sentencia T-296 de 2006 se dijo: 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 en obstáculo para acceder a la prestación del servicio<sup>20</sup>.

Se encuentran por fuera de esta hipótesis las personas que tienen la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora y la capacidad para realizar

efectivamente el pago antes de recibir el servicio requerido, puesto que en estos eventos dicha cuota no constituye un obstáculo para acceder al servicio médico, lo que hace improcedente el amparo por vía de tutela.”<sup>20</sup>

21 Sentencias T-503 de 2008 y T-1089 de 2007.

22 Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007, entre otras.

23 Consultar Sentencia T-398-08 y T-518 de 2006

24 Ver Sentencia T-459 de 2007

25 Ver Sentencias T-584-07, T-581-07 y T-1234 de 2004.

26 Sentencia T-223 de 2005. reiterada por la Sentencia T- 459 de 2007.

27 Ver sentencia T-866 de 2008.

28 Ley 1122 de 2007: “Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos

relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal. Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

29 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

30 *Ibidem*.

31 La orden de valoración por especialista en dermatología emitida por el médico general, obra a folio 5 del expediente.

33 Ver sentencias T-956 de 2004, T-410 de 2002 y T-287 de 2005.

34 M.P. Jaime Araujo Rentería