

T-459-15

Sentencia T-459/15

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Suministro de gafas con montura, ya perdió visión por un ojo

EXONERACION DE COPAGO-Caso en que el menor pertenece al sisben 1

LEGITIMACION EN LA CAUSA DE ABUELOS EN REPRESENTACION DE NIETOS MENORES DE EDAD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Caso de menor de 11 años que ha perdido la visión por un ojo y enfermedad lo llevará a ser invidente/DERECHO AL DIAGNOSTICO EFECTIVO COMO UNA DE LAS FACETAS DEL DERECHO A LA SALUD

OBLIGACIONES EXIGIBLES A LAS EPS DEL REGIMEN SUBSIDIADO EN LA PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS INCLUIDOS EN POS UNIFICADO

COPAGOS Y CUOTAS DE RECUPERACION QUE SE EXIGEN A AFILIADOS AL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Naturaleza jurídica y condiciones que permiten su exoneración

Referencia: expediente T-4827889

Acción de tutela instaurada por Elizabeth Sánchez obrando como agente oficioso de su nieto Jhon Lii Sarria Palacio contra Cafesalud EPS-S.

Magistrada Ponente (e):

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MYRIAM ÁVILA ROLDÁN (E), y el Magistrado MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales,

específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado 8º Civil Municipal de Armenia el 2 de febrero de 2015, que resolvió la acción de tutela interpuesta por Elizabeth Sánchez como agente oficioso del niño Jhon Lii Sarria Palacio contra Cafesalud EPS-S.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta

El 20 de enero de 2015, la señora Elizabeth Sánchez actuando como agente oficioso de su nieto Jhon Lii Sarria Palacio, instauró acción de tutela contra Cafesalud EPS-S, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida del menor agenciado, atendiendo los siguientes hechos:

1.1. Jhon Lii Sarria Palacio tiene 11 años de edad[1] y se encuentra como afiliado activo en el régimen subsidiado de salud a través de Cafesalud EPS-S, desde el 5 de febrero de 2010[2]. El núcleo familiar al que pertenece tiene calificación de nivel I del Sisbén.

1.2. Según informa la abuela del menor, desde la edad de 3 años éste viene presentando problemas de salud visual y se le diagnosticó “catarata atalamia y sinequias”, motivo por el cual Jhon Lii recibió diferentes tratamientos y fue operado del ojo izquierdo en el año 2007, pero a pesar de ello perdió totalmente la visión por ese ojo. En la actualidad, de acuerdo a un dictamen médico rendido por un especialista de la Clínica del Café en Armenia, se encuentra en riesgo el ojo derecho por la misma enfermedad, siendo necesario el manejo especializado con oftalmólogo pediatra.

1.3. Informa la agente oficiosa que Cafesalud EPS-S aprobó la autorización de servicios No. 125439946 el 2 de octubre de 2014[3], para el suministro de lentes y montura monofocal en menor de 18 años, sin que hasta la fecha de presentación de la tutela le hubiesen sido entregados en beneficio de su nieto menor de edad. De allí extrae que la prestación del servicio de salud ha sido negligente por parte de la entidad accionada, ya que no ha brindado el tratamiento médico visual que requiere el menor agenciado para

“salvar” la visión del ojo derecho.

1.4. Debido a lo anterior, la agente oficiosa interpone la acción de tutela solicitando que a su nieto (i) se le realicen, dentro o fuera del país, todos los exámenes médicos especializados que requiera para definir qué tipo de intervención quirúrgica necesita para mantener y mejorar su visión, o por lo menos conservarla por el ojo derecho; (ii) se le brinde valoración médica especializada y oportuna con oftalmólogo pediatra dentro o fuera del país; (iii) se le haga entrega efectiva de los lentes y de la montura monofocal autorizada por el EPS-S; y, (iv) se le cubran los gastos propios y de un acompañante relacionados con transporte, hospedaje y alimentación en caso de ser necesario.

2. Respuestas de la EPS-S accionada y de la Secretaría de Salud vinculada

2.1. La Administradora de la Agencia de Cafesalud EPS-S en la ciudad de Armenia, contestó la tutela confirmando que el niño Jhon Lii Sarria Palacio se encuentra afiliado a esa entidad y que presenta un diagnóstico de catarata, atalamia y sinequias. Presentó un cuadro con las últimas atenciones médicas que recibió el menor en el 2014, dentro de las cuales se destacan consultas médicas con retinología, consulta por primera vez con optometría y remisión a oftalmología pediátrica; así mismo, autorizaciones de servicios para exámenes especializados como “fotografía a color de segmento anterior y/o posterior del ojo, ultrasonografía ocular modo A y B con contenido orbitario”, y para suministro de lente monofocal con montura para menor de 18 años. También relacionó otros servicios y tratamientos de salud visual que ha brindado al agenciado entre 2010 y 2013. Así, indicó que la EPS-S ha prestado los servicios médicos que ha requerido el menor Jhon Lii.

Respecto a la solicitud de tratamiento integral para que los gastos de transporte y hospedaje sean asumidos por la EPS-S, precisó que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud y que, por ende, no es de su competencia asumirlos ya que los servicios que necesite un paciente del régimen subsidiado que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio, deben ser pagados por el Estado a través de las entidades territoriales y con cargo a los recursos del subsidio a la demanda.

Bajo esos lineamientos, solicitó negar el amparo por improcedente, y subsidiariamente pidió que en caso de tutelarse los derechos invocados por la agente oficiosa, se indiquen de forma concreta los servicios NO POS que deben ser autorizados y cubiertos por esa

entidad, facultándola para efectuar el recobro ante el FOSYGA.

2.2. Dentro del trámite de tutela fue vinculada la Secretaría de Salud de la Gobernación del Quindío, la cual mediante representante judicial señaló que en el régimen subsidiado de salud la atención corresponderá a la EPS-S cuando los medicamentos, tratamientos, insumos o procedimientos se encuentren excluidos del POS-S, ya que el Estado previendo esta situación reglamentó los Comités Técnico Científicos en donde se establecen los procedimientos de recobro ante el FOSYGA. Así, señaló que “en aras de la protección ágil y eficaz de los derechos a la salud y a la preservación de la vida en condiciones dignas, son las EPS-S las llamadas a entregar directamente las atenciones requeridas por aquellos quienes en medio de un estado de debilidad por enfermedad acuden en búsqueda de su protección y ayuda”.

En tal sentido, informó que como Jhon Lii Sarria Palacio pertenece al régimen subsidiado en salud con estado activo, la obligación legal y exclusiva de brindarle al afiliado la atención integral recae en Cafesalud EPS-S, lo cual incluye el suministro del transporte y hospedaje para el paciente y su acompañante. Por consiguiente, pidió que la Gobernación fuese desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva “en razón a que no es ella la autoridad legal competente para ejecutar la pretensión, siendo (ella sí) Cafesalud EPS-S”.

3. Sentencia objeto de revisión:

El Juzgado 8º Civil Municipal de Armenia, en sentencia del 2 de febrero de 2015, negó el amparo por improcedente, pero instó a Cafesalud EPS-S “para que de manera pronta y oportuna, ordene y autorice una cita al menor con un especialista en el órgano de la visión, con el fin de determinar con exactitud cuál o cuáles son los exámenes que requiere”.

Para llegar a esa decisión, consideró que como el objeto de la presente tutela radica en que se ordene a la EPS-S accionada que adelante todos los exámenes que requiera el menor y se le practiquen las intervenciones o tratamientos necesarios para lograr conservar la visión por el ojo derecho, al igual que responda por el transporte, hospedaje y alimentación en el evento en que tenga que ser trasladado el paciente a otra ciudad con un acompañante, pero como en la declaración juramentada que rindió la señora Elizabeth Sánchez en el trámite de tutela informó que Cafesalud EPS-S no le ha negado ningún servicio médico a su nieto y que lo único que deseaba es que el menor fuera valorado

nuevamente por un especialista en la visión, no existe entonces vulneración a derechos fundamentales que merezca protección constitucional porque el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, sino solo ante la existencia de una violación real de derechos fundamentales.

II. TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN.

1. En escrito radicado en la Secretaría de esta Corporación el 3 de junio de 2015, la apoderada judicial de Cafesalud EPS solicitó confirmar la decisión del juez a quo, en tanto negó el amparo por improcedente e instó a esa entidad a gestionar y realizar la cita médica con especialista para el menor Jhon Lii Sarria con el fin de determinar el manejo que debe seguirse de acuerdo con su estado de salud.

Para sustentar su petición, señaló “que ampliar el ámbito de protección judicial de este tipo resulta inane por cuanto se le vienen proporcionando al niño John Lii todas las prestaciones ordenadas con sus galenos a satisfacción”. Así, precisó que el 22 de mayo de 2015 a las 10:40 am se comunicó con la agente oficiosa Elizabeth Sánchez, quien le manifestó que los controles y tratamientos médicos los estaba recibiendo el menor en la IPS Hospital San Juan de Dios de Armenia desde hace dos años, por lo que desde esa fecha ya no es necesario el servicio de transporte, hospedaje y alimentación, ni para el paciente ni para el acompañante.

Adicionalmente, la apoderada judicial de la EPS accionada anexó un cuadro actualizado de los últimos controles y exámenes que han sido autorizados en el año 2015 al menor Jhon Lii, dentro de los cuales se observan: consulta con oftalmología solicitada por la IPS Estudios Oftalmológicos SAS (16 de marzo de 2015), consulta con oftalmología pediátrica y retinología en el Hospital Departamental San Juan de Dios ubicado en Armenia (30 de abril de 2015), y la aprobación para realizarle varios exámenes médicos y radiografías por orden de la ESE Redsalud de Armenia (2 de mayo de 2015). De esa forma, la representante de Cafesalud EPS indica que “en ningún momento la entidad que represento ha descuidado sus deberes legales y se ha apegado al estricto cumplimiento del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de tutela, respecto de la remisión a los especialistas idóneos para brindar la atención requerida por el niño Sarria Palacio conforme a la evolución de su patología”, por ende, solicitó que la Corte aplique el fenómeno de la carencia actual de

objeto.

De otro lado, informó que el menor agenciado ya cuenta con una sentencia de tutela del 19 de marzo de 2009 proferida por el Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Armenia, en la cual se ordenó la provisión de prestaciones POS y NO POS a su favor bajo la protección integral, exonerándolo del pago de cuotas moderadoras y de recuperación, amparo que fue confirmado y ampliado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Quindío mediante sentencia del 5 de mayo de 2009, en el sentido de ordenar el suministro de transporte y alojamiento para el menor y su acompañante en caso de requerir atención médica en otra ciudad. Así, la apoderada estima que lo procedente era agotar el incidente de desacato y no formular una nueva acción de tutela.

2. Con el fin de corroborar la información que fue entregada por Cafesalud EPS-S, la Magistrada Sustanciadora (e) en auto del 1º de julio de 2015, dispuso que se sostuviera una comunicación telefónica con la señora Elizabeth Sánchez, con el objeto de establecer si la entidad accionada ya programó y realizó la cita médica con el especialista en oftalmología pediátrica que requiere el niño Jhon Lii Sarria Palacio. Así mismo, se le preguntara (i) qué tratamiento médico especializado ha recibido en los últimos 6 meses el menor Jhon Lii para conservar y mejorar su visión por el ojo derecho; (ii) qué exámenes médicos especializados se le han realizado por parte de la EPS-S en los últimos meses para atender la patología que presenta el menor; y, (iii) si la EPS-S accionada ya le hizo entrega de los lentes monofocales con montura que fueron autorizados al menor desde octubre de 2014.

Ese mismo día, en comunicación telefónica que sostuvo un miembro del Despacho Sustanciador con la agente oficiosa, ésta informó que el 24 de marzo de 2015 acudió a la IPS Estudios Oftalmológicos SAS de Armenia, donde el menor Jhon Lii Sarria Palacio fue valorado por un médico oftalmólogo general que determinó la pérdida total de la visión por el ojo izquierdo y el compromiso serio de la visión por el ojo derecho. Según aquella, el médico le indicó que con gafas o sin gafas el niño va a quedar ciego porque no hay tratamiento, por lo cual lo remitió a control oftalmológico hasta dentro de 6 meses. De otro lado, la señora Sánchez precisó que en los últimos meses Jhon Lii no ha recibido ningún tratamiento especializado para conservar o recuperar su visión por el ojo derecho, ni se le han practicado exámenes especializados para determinar el procedimiento a seguir.

Igualmente, señaló que Cafesalud EPS-S no ha entregado los lentes monofocales con montura (gafas) que requiere el menor, quien en la actualidad se encuentra sin gafas. Contó que las gafas que tenía Jhon Lii le habían sido formulada hace más de 4 años, que en esa ocasión le tocó asumir el costo de \$80.000 para poder reclamarlas, pero que el niño las perdió en el colegio a mitad del año 2014, fecha desde la cual está sin gafas. Informó que para reclamar los lentes le están pidiendo que asuma un copago. Explicó que Cafesalud EPS-S no ha atendido al niño en el Hospital San Juan de Dios de Armenia, porque siempre lo remiten para controles a la Clínica del Café donde lo atienden los mismos médicos que le dicen que no hay nada que hacer.

Finalmente, la agente oficiosa manifestó que es la abuela paterna del niño Jhon Lii, que el padre tiene la custodia pero está siempre ocupado, por ende, ella es la encargada de los cuidados y de llevarlo a los controles médicos. Señaló que de la mamá del niño no se sabe nada porque hace varios años lo abandonó.

Vía electrónica la señora Sánchez remitió en 4 folios unas pruebas documentales para sustentar sus afirmaciones. Tales pruebas corresponden a los dos controles de salud visual realizados en marzo y mayo de 2015 al niño Jhon Lii, bajo la cobertura de Cafesalud EPS-S.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuado el 27 de marzo de 2015.

2. Problema Jurídico y metodología de decisión:

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantea el siguiente problema jurídico a resolver: ¿Se vulneran los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un niño cuando la EPS a la cual está afiliado, dentro del régimen subsidiado en el nivel I del Sisbén, se niega a brindarle la atención oftalmológica pediátrica que requiere para

determinar el procedimiento o el tratamiento necesario con el fin de conservar y mejorar la visión que está perdiendo por uno de sus ojos, y se niega a entregarle los lentes especiales que le fueron recetados por su médico tratante ante la exigencia de un copago?

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) legitimación en la causa por activa de los abuelos para agenciar derechos en favor de sus nietos menores de edad; (ii) el derecho fundamental a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes. El derecho al diagnóstico efectivo como una de sus facetas esenciales; (iii) obligaciones exigibles a las empresas promotoras de servicios de salud del régimen subsidiado en la prestación de servicios médicos incluidos en el POS unificado, y los entes territoriales responsables de la atención médica a la población subsidiada en lo no cubierto por el plan de beneficios; (iv) naturaleza jurídica de los copagos y cuotas de recuperación que se exigen a los afiliados al régimen subsidiado de salud y las condiciones que permiten su exoneración; y, finalmente abordará el estudio (v) del caso concreto.

3. Procedencia formal de la tutela: Legitimación en la causa por activa de los abuelos para agenciar oficiosamente derechos en favor de sus nietos cuando son menores de edad. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales que considere amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

3.2. En desarrollo de ese precepto constitucional, el legislador delegado expidió el Decreto 2591 de 1991, en cuyo artículo 10 previó que la representación procesal en materia de tutela puede ser ejercida de las siguientes formas: (i) directamente por quien considere lesionados o amenazados sus derechos fundamentales; (ii) por su representante; (iii) mediante la agencia de derechos ajenos, siempre que el interesado esté imposibilitado para promover su defensa; y, (iv) por el Defensor del Pueblo y los Personeros municipales. La tercera posibilidad consagra la figura de la agencia oficiosa, a través de la cual se desarrollan los principios constitucionales de efectividad de derechos (artículo 2°

Superior), de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 ibídem)[4], de solidaridad social (artículos 1° y 95-2 de la Constitución) y del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (artículo 229 ejúsdem)[5].

3.3. De manera reiterada, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos elementos constitutivos[6] que habilitan la procedencia de la figura de la agencia oficiosa en materia de tutela, a saber: (i) la manifestación de estar actuando como agente oficioso a nombre del que no está en condiciones de promover su defensa; y, (ii) la circunstancia real que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para instaurar la tutela en nombre propio[7].

En tratándose del primer requisito, la manifestación del agente oficioso puede ser expresa o tácita; aquella se configura cuando el agente oficioso declara conscientemente que defiende derechos ajenos y, ésta (la tácita) se presenta cuando de la lectura interpretativa e integral del escrito de tutela se desprende inequívocamente -no tan solo se presume- que se actúa bajo la calidad oficiosa, toda vez que en atención al principio de informalidad que reviste la acción de tutela, no puede exigirse la incorporación de formas sacramentales en la petición de amparo.

Respecto al segundo requisito, esto es, la circunstancia real que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para instaurar la tutela en nombre propio, la Corte Constitucional ha sostenido que es deber del juez de tutela efectuar la evaluación de la imposibilidad a partir de los antecedentes del caso concreto y analizar la prueba siquiera sumaria de la incapacidad del titular del derecho.

Puntualmente, frente a este segundo requisito, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la posibilidad de que los abuelos agencien los derechos en favor de sus nietos menores de edad con el fin de brindar una protección más vigorosa de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y permitir el desarrollo del inciso segundo del artículo 42 de la Constitución Política, el cual establece que cualquier persona puede exigir el cumplimiento del deber radicado en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado, de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En tal sentido, frente a los abuelos que actúen como agentes oficiosos de sus nietos

menores de edad se ha admitido, además del deber de señalarlo expresamente en la solicitud de amparo tutelar, que no exprese que el agenciado no está en condiciones de promoverla por sí mismo puesto que, los y las menores se encuentran por definición en una situación de indefensión que les impide demandar la protección de sus derechos[8]. Lo anterior, por cuanto “tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.”[9] De forma tal que, cualquier persona, no necesariamente su representante legal, está legitimada para solicitar la protección de los derechos de un niño por vía de tutela[10], pues se debe tener en cuenta el carácter fundamental de los derechos de éstos y la especial protección que merecen en su condición de debilidad manifiesta.

Por ejemplo, en la sentencia T-496 de 2014[11], la Sala Novena de Revisión analizó la procedencia de una acción de tutela interpuesta por la abuela de dos niñas, quien invocó la calidad de agente oficiosa porque la progenitora de éstas había fallecido sin que las menores gozarán del servicio médico al que tenían derecho como beneficiarias de su madre docente. En esa oportunidad se encontró acreditada la agencia oficiosa porque además de la manifestación expresa de la agente, las niñas se encontraban imposibilitadas para acudir al juez de tutela dada su escasa edad. En ese sentido, se permitió a la abuela reclamar el amparo constitucional en favor de aquellas.

3.4. Aplicando lo antes expuesto al presente caso, la Sala observa que la señora Elizabeth Sánchez está legitimada en la causa por activa para formular la acción de tutela a fin de conseguir el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su nieto Jhon Lii Sarria Palacio, como quiera que en el escrito de tutela manifestó expresamente que actúa como agente oficiosa de aquel en su calidad de abuela paterna, identificó plenamente al niño agenciado quien tiene 11 años de edad y, justificó su intervención señalando que la mamá del menor lo abandonó hace varios años y que el progenitor si bien tiene la custodia del niño, la dejó a ella encargada de los cuidados que requiera el menor y de llevarlo a los controles médicos para solucionar el problema de salud visual que lo aqueja. Así las cosas, como el niño se encuentra en una situación de indefensión que le impide demandar la protección de sus derechos, cualquier persona se encuentra habilitada para reclamar la satisfacción de las garantías constitucionales en favor de aquel, más aún, su abuela paterna.

4. El derecho fundamental a la salud de las niñas, los niños y los adolescentes. El derecho al diagnóstico efectivo como una de sus facetas esenciales. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. La Constitución Política se refiere al derecho a la salud en distintos artículos. Se encuentra catalogado así como un derecho fundamental de los niños (artículo 44), una garantía por parte del Estado para el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de todas las personas (artículo 49), un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme con el principio de solidaridad social (artículo 95) y un objetivo fundamental a ser satisfecho por el Estado en aras de la consecución del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366).

4.2. El derecho a la salud ha sido definido por esta Corporación como la facultad de “mantener la normalidad orgánica y funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación”[12] y, así mismo, desde la sentencia T-760 de 2008[13], dejó claramente establecido que el derecho a la salud es un derecho autónomo fundamental[14] que se debe garantizar a todos los seres humanos igualmente dignos.

Esa fundamentalidad del derecho a la salud se hace más rigurosa cuando se trata de brindar protección y cobertura a un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya situación de vulnerabilidad exige un cuidado singular, impone la primacía de sus derechos sobre los de los demás y obliga a la familia, la sociedad y al Estado a “asistir[los] y proteger[los] para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (artículo 44 Superior).

4.3. Justamente, con la reciente expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015[15], el derecho a la salud fue reconocido como fundamental por el legislador, dotándolo de una naturaleza autónoma e irrenunciable en lo individual, y de un contenido que comprende el acceso a los servicios que se requieran de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

A partir de ese reconocimiento legal, el derecho fundamental a la salud goza de unos elementos esenciales como son la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional, que deben ser garantizados por el Estado y por las entidades encargadas de prestar directa o indirectamente los servicios de salud. Así mismo,

se rige por 14 principios orientadores dentro de los cuales cabe destacar los siguientes: (i) el de universalidad, que refiere a que todos los residentes en el territorio colombiano disfrutarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida; (ii) el de equidad, que impone al Estado el deber de adoptar políticas públicas de mejoramiento de la salud para personas de escasos recursos y sujetos de especial protección; (iii) el de oportunidad, que exige la prestación sin dilaciones de los servicios y tecnologías de salud; y, (iv) el de prevalencia de derechos, que propende por implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral en salud a las niñas, los niños y los adolescentes.

Este último principio en mención, adquiere relevancia porque a través de él se pretenden crear acciones afirmativas que promuevan el interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes en el sistema de salud colombiano, independientemente del régimen de provisión, cubrimiento o financiamiento al cual se encuentren afiliados, al punto que el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 establece que “su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica”.

Lo anterior no es otra cosa que la vinculación directa del derecho fundamental a la salud con el principio de integralidad (art. 8 ibídem), que expresa que las personas deben recibir en el momento adecuado todas las prestaciones que pueden llevar efectivamente a la recuperación de su estado de salud, con independencia que estén incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud[16], y la realización de los postulados contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ratificada a través de la Ley 12 de 1991, la cual en su artículo 24 establece como derecho de las niñas, los niños y los adolescentes, el disfrute del más alto nivel de salud posible y el acceso a servicios para el diagnóstico, el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud[17]. En ese mismo sentido, el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006[18] consagra que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral, entendida como la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones conducentes a la conservación o la recuperación de la salud[19].

4.4. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho fundamental a la salud incluye como una de sus facetas el derecho al diagnóstico efectivo[20], el cual exige la valoración oportuna de las afecciones que tiene el paciente, con miras a determinar

el tipo de enfermedad que padece y el procedimiento médico específico que se debe seguir para estabilizar la salud de la persona. Así, no cabe duda que el concepto médico es esencial para determinar los servicios que requiere el paciente en procura de recuperar su estado físico o psicológico.

Dada su importancia, la Corte ha determinado que el derecho al diagnóstico efectivo está compuesto por tres preceptos: “(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.”[21] Si alguno de estos tres preceptos es incumplido, el paciente puede exigir a las entidades prestadoras de los servicios de salud, la realización de los procedimientos que resulten precisos con el fin de establecer el análisis científico de la dolencia y lograr las prescripciones adecuadas que requiera para conservar o mejorar su estado de salud, más aún si se trata de un menor de edad.

4.5. De lo anterior la Sala concluye lo siguiente: (i) que el derecho a la salud tiene la naturaleza de ser un derecho fundamental autónomo; (ii) que ese derecho se torna más riguroso cuando se trata de brindar protección y cobertura a sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, razón por la cual la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el desarrollo armónico e integral de los derechos que les asiste a aquellos; (iii) que diferentes instrumentos internacionales reconocen la fundamentabilidad del derecho a la salud frente a menores de edad; y, (iv) que el Estado y las entidades vinculadas directa e indirectamente al sistema deben garantizar el más alto nivel de salud integral posible, permitiendo el acceso a servicios para el diagnóstico efectivo, el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación, ya que no hacerlo e imponer barreras administrativas o económicas cuando se trata de población infantil y adolescente, representa una afectación al derecho fundamental a la salud que hace procedente la petición de amparo constitucional.

5. Obligaciones exigibles a las empresas promotoras de servicios de salud del régimen subsidiado en la prestación de servicios médicos incluidos en el POS unificado, y los entes

territoriales responsables de la atención médica a la población subsidiada en lo no cubierto por el plan de beneficios, que excepcionalmente puede trasladarse a las EPS-S. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. El régimen subsidiado de salud fue definido en el artículo 211 de la Ley 100 de 1993, como “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley”, teniendo como objetivo financiar el acceso y la atención integral al servicio de salud, a las personas pobres más vulnerables y a sus grupos familiares que no tengan capacidad de cotizar al sistema contributivo de salud.

Este régimen es administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, que suscriben contratos con las EPS del régimen subsidiado, públicas o privadas, encargadas de suministrar directa o indirectamente las prestaciones previstas en el POS[22] unificado, el cual se encuentra actualmente contemplado en la Resolución No. 5521 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social[23]. Significa lo anterior que por regla general las EPS-S, en virtud de la asistencia en salud que se deriva del Sistema General de Seguridad Social en Salud, están obligadas a brindar los contenidos consagrados en el POS unificado, porque de no haberlo se habilita la acción de tutela como vía idónea para garantizar el derecho fundamental a la salud[24].

5.2. Ahora bien, el Capítulo II del Título III de la Ley 715 de 2001, el cual hace referencia a las competencias de las entidades territoriales en el sector salud, en su artículo 43 establece que 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, para lo cual deberá cumplir con varias funciones, entre las cuales se destaca la de prestación del servicio de salud (artículo 43.2). Dentro de esa función principal, los Departamentos deben (i) gestionar la prestación de los servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con claridad 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; (ii) 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; y, (iii) organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el Departamento, entre otras sub-funciones.

Por su parte, la competencia de los Municipios en cuanto al aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud (artículo 44.2) se centra en (i) financiar y cofinanciar la afiliación al régimen subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados para tal fin; y, en (ii) identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del régimen subsidiado. En este punto, es pertinente mencionar que el artículo 145 de la Ley 1438 de 2011, derogó expresamente el numeral 44.2.3 de la ley 715 de 2001, que imponía como función de los municipios “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”.

Entonces, de acuerdo con las funciones antedichas, los entes territoriales tienen obligaciones precisas que asumir respecto del régimen subsidiado de salud. Los Departamentos son competentes para financiar con recursos propios la prestación de los servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, y los municipios son competentes para identificar la población pobre que habite en su jurisdicción y seleccionar a sus beneficiarias, para que juntos puedan habilitar la afiliación de esa población a una entidad promotora de salud del régimen subsidiado EPS-S.[25]

5.3. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido de forma sistemática que las entidades encargadas de garantizar el derecho a la salud de la población pobre y vulnerable, están obligadas a permitir el acceso a los servicios de salud que ésta requiera. En virtud de ello, 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, entiéndase en la actualidad, el POS unificado[26]. Por esta razón, si una persona bajo estas circunstancias demanda la atención idónea y oportuna, o requiere de un tratamiento, procedimiento, cirugía o medicamento, excluido del POS unificado, deber 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.

Así, el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, establece que cuando un afiliado al régimen subsidiado requiere de servicios adicionales a los incluidos en el POS ahora unificado y no tiene capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales están en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Esa norma habilita a que dichas instituciones puedan cobrar una cuota de recuperación por los procedimientos que no estaban obligadas a asumir. Por consiguiente, en el caso de las EPS-S que presten un servicio excluido del POS unificado, están facultadas a recuperar lo gastado con cargo a los recursos que para tal fin destinen las entidades territoriales, o éstas pueden prestar, de forma coordinada con la IPS que estimen o con la cual tengan contrato, el servicio de salud con cargo a los recursos destinados para atenciones No POS.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido las siguientes reglas frente al suministro de servicios no incluidos en el POS unificado que “requiera con necesidad”[27] un paciente que se encuentre adscrito al régimen subsidiado de salud: (i) la responsabilidad de asumir su cubrimiento radica principalmente en el Estado, pues es quien tiene el deber de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud a través de las entidades o instituciones prestadoras de salud de naturaleza pública o privada con las que tenga convenio, y en todo caso, asumir el costo que estos servicios puedan generar en caso de no ser él quien directamente los sufrague; (ii) existe una responsabilidad compartida de las EPS-S que si bien en principio no tienen el deber de suministrar los servicios excluidos del POS unificado, si cuentan con la obligación de orientar y acompañar al afiliado en el proceso de reclamación del suplemento o procedimiento requerido, hasta el momento en que se verifique la efectiva y oportuna atención médica; (iii) esa responsabilidad compartida se acentúa en las EPS-S en aquellos casos en que el servicios excluido del POS unificado es requerido con urgencia por el paciente o, se debe suministrar a un sujeto de especial protección constitucional a quien se estima desproporcionado obligarle a ejercer el dispendioso trámite administrativo ordinario; y, (iv) en casos como los mencionados en la regla anterior, es la EPS-S quien debe asumir la garantía de la prestación del servicio, sin perjuicio de que puedan solicitar el reembolso de los gastos en que incurra ante la entidad territorial correspondiente. En ese sentido, el juez constitucional puede garantizar una pronta y efectiva prestación de los servicios médicos excluidos del plan de beneficios

unificado, impartiendo órdenes concretas a una EPS-S.[28]

5.4. De lo anterior se extrae que, las EPS-S están obligadas a brindar de forma oportuna y efectiva los contenidos que consagra el POS unificado. Respecto al suministro de servicios no incluidos en el plan de beneficios para la población afiliada al régimen subsidiado en salud, la responsabilidad de asumir su cubrimiento radica en las entidades territoriales. Si éstas no pueden asumir el servicio de forma directa, existe una alternativa de que sea prestado por la EPS-S cuando el paciente lo requiere con urgencia o se trata de un sujeto de especial protección constitucional, situaciones en las cuales la EPS-S puede solicitar el reembolso de los gastos en que incurra a la respectiva entidad territorial.

6. Naturaleza jurídica de los copagos y cuotas de recuperación que se exigen a los afiliados al régimen subsidiado de salud y las condiciones que permiten su exoneración. Reiteración de jurisprudencia.

6.1. El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS están sujetos a pagos moderadores, esto es, a pagos compartidos o copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación. Dichos valores tienen el objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema para el caso de los afiliados cotizantes[29]. Para los beneficiarios, tales valores se aplican para complementar la financiación del POS. Así mismo, la norma señala que: “[e]n ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”.

Justamente, el artículo 187 en comento fue objeto de interpretación por parte de esta Corporación mediante sentencia C-542 de 1998[30], en la cual se precisó que “si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras 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 (...)”. A partir de tal pronunciamiento ha señalado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, que los pagos moderados no pueden convertirse en una barrera para que las personas que no cuentan con recursos económicos para cubrirlas puedan recibir el tratamiento o el servicio médico que necesiten, habida cuenta que debe en todo caso proferirse una interpretación garantista a favor de los

derechos fundamentales[31].

6.2. Como lo explicó recientemente la sentencia T-131 de 2015[32], tratándose de los afiliados al régimen subsidiado en salud, esto es, las personas que por pertenecer a los grupos poblacionales más vulnerables y no contar con la capacidad económica para sufragar el valor de la afiliación, son subsidiados total o parcialmente por el Estado, “tienen la carga de contribuir a la financiación del sistema a través de copagos[33] y las cuotas de recuperación[34], pero para ellos se ha contemplado la posibilidad de que ante la materialización de unos determinados supuestos, se les exima de esta responsabilidad”.

Sobre el punto, el Acuerdo 365 de 2007 excluyó legalmente de esta contraprestación (copagos) a las personas que además de estar en el régimen subsidiado de salud, hacen parte de los siguientes grupos poblacionales: (i) que pertenezcan al SISBEN I; (ii) infantil abandonada; (iii) indigente; (iv) en condiciones de desplazamiento forzado; (v) indígena; (vi) desmovilizada; (vii) de la tercera edad en protección de ancianatos en instituciones de asistencia social; (viii) rural migratoria; y (ix) ROM.

Adicionalmente, la Corte ha identificado dos hipótesis en las cuales se debe eximir al afiliado de realizar los pagos compartidos en aras de garantizar sus derechos fundamentales, a saber: “(i) 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 valor y (ii) 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 servicio”[35]. Así, corresponde al juez de tutela verificar en cada caso, si los copagos o las cuotas de recuperación obstaculizan el acceso efectivo a los servicios de salud, porque de hallar configurada alguna de esas hipótesis, debe proceder a la respectiva exoneración con el fin de evitar el quebranto al derecho fundamental a la salud.

6.3. En síntesis, (i) el juez constitucional debe establecer si con el cobro de copagos y cuotas

de recuperación a los afiliados al régimen subsidiado en salud, se genera una barrera material que les impida recibir los servicios médicos que requieran, dado sus escasos recursos económicos; (ii) si encuentra tal barrera configurada porque la persona carece de recursos para asumir el cobro, debe eximirla de realizar el pago con el fin de garantizar los derechos fundamentales, en especial, la salud. Para ello puede ampararse en los eximentes legales de pago o en las dos hipótesis antedichas que ha desarrollado esta Corporación.

7. Análisis del caso concreto:

7.1 El niño Jhon Lii Sarria Palacio, quien tiene 11 años de edad, se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud con la calificación de núcleo familiar nivel I del Sisbén y presenta graves problemas de salud visual, por medio de su abuela paterna obrando como agente oficiosa, instauró acción de tutela contra Cafesalud EPS-S solicitando la protección constitucional de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, para que (i) se le realicen, dentro o fuera del país, todos los exámenes médicos especializados que requiera para definir qué tipo de intervención quirúrgica necesita para mantener y mejorar su visión, o por lo menos conservarla por el ojo derecho; (ii) se le brinde valoración médica especializada y oportuna con oftalmólogo pediatra dentro o fuera del país; (iii) se le haga entrega efectiva de los lentes y de la montura monofocal autorizada por al EPS-S; y, (iv) se le cubran los gastos propios y de un acompañante relacionados con transporte, hospedaje y alimentación en caso de ser necesario.

7.2 Del material probatorio que obra en el expediente, la Sala advierte que el niño Jhon Lii tiene problemas de salud visual desde los 3 años de edad y se le diagnosticó hace algún tiempo “catarata, atalamia y sinequias”, por lo cual en el año 2007 fue sometido a una intervención quirúrgica en su ojo izquierdo, pero a pesar de ello perdió totalmente la visión por ese ojo. La enfermedad ha ido comprometiendo de forma progresiva su visión por el ojo derecho, al punto que en la actualidad también se encuentra en riesgo de perder ese órgano por “visión subnormal” y quedar ciego.

En vista de lo anterior, la agente ha acudido en diferentes ocasiones a la EPS-S accionada solicitando que se le realicen los exámenes a su nieto y se defina el tratamiento concreto que debe recibir. Por su parte, Cafesalud EPS-S si bien ha atendido al menor a través del oftalmólogo general de la IPS Estudios Oftalmológicos SAS de Armenia, quien ha remitido al

niño a consulta con oftalmología pediatra y retinología en el Hospital Departamental San Juan de Dios de esa misma ciudad, no lo es menos que esta atención especializada en ningún momento la ha recibido el niño, al punto que la agente oficiosa informa que jamás su nieto ha sido valorado o controlado médicamente en el referido Hospital. Al parecer solo obran las autorizaciones del caso, pero la EPS-S no ha prestado el servicio efectivo que necesita el menor.

A folio 29 del cuaderno 2, la Sala observa que el 24 de marzo de 2015 el niño Jhon Lii fue atendido en la IPS Estudios Oftalmológicos SAS de Armenia, en una “cita de control” en la que se indicó que el ojo izquierdo “no es valorable” y que el ojo derecho se encuentra con una agudeza visual de 20/100. En esa oportunidad el análisis médico señaló que “con gafas o sin gafas su visión va a ser deficiente ya que tiene un problema congénito y su visión no se desarrolla adecuadamente”, al igual que informó a la acompañante del menor, señora Elizabeth Sánchez, “que la única posibilidad de recuperar algo de visión sería con cirugía, pero que no se puede dar garantías de nada”, motivo por el cual ésta manifestó que no quiere operar al menor y que prefiere dejarlo así. Ante ello, el oftalmólogo general emitió como diagnóstico “catarata congénita, malformación congénita del humor vítreo, ceguera en un ojo y visión subnormal del otro”, y como plan de tratamiento indicó el control oftalmológico en 6 meses según disponibilidad o cuando los familiares se decidan por la cirugía.

Igualmente, a folio 30 del cuaderno 2 se advierte que el 10 de mayo de 2015, la misma IPS Estudios Oftalmológicos SAS de Armenia, mediante un oftalmólogo general, realizó un examen visual que no fue tolerado por el niño Jhon Lii, siendo entonces remitido a “consulta con optometría por primera vez” y a “control en 1 año o cuando acepte el examen ocular”.

De lo expuesto, la Sala considera que Cafesalud EPS-S aunque ha brindado la atención médica al menor agenciado, la misma no ha sido especializada ni eficiente para determinar los procedimientos médicos que requiere el paciente y el tratamiento que debe seguir para evitar la pérdida total de la visión por el ojo derecho. Lo anterior porque el niño Jhon Lii siempre ha sido valorado por un oftalmólogo general[36], cuando lo que requiere por expresa disposición médica (fl. 6 del cuaderno 2) es el análisis y control de un oftalmólogo pediatra que determine el tipo de enfermedad que padece y el procedimiento médico

específico que requiere para estabilizar su salud visual. Así, no cabe duda que el concepto médico del oftalmólogo pediatra es esencial para prescribir los servicios que requiere el niño en procura de recuperar su visión.

Por consiguiente, la Sala estima vulnerado el derecho fundamental a la salud del menor Jhon Lii Sarria Palacio, en especial la faceta del diagnóstico efectivo, habida cuenta que Cafesalud EPS-S (i) no le ha brindado la calificación médica completa y especializada que requiere su caso; (ii) no existe un criterio médico emitido por un oftalmólogo pediatra, en el cual se haya fijado a partir de exámenes previos, la enfermedad concreta que padece el niño y el procedimiento o tratamiento específico a corto y mediano plazo que debe seguirse para conservar o mejorar su órgano visual, de acuerdo a las condiciones médicas del niño y el desarrollo de la ciencia en el campo de la salud visual; (iii) no ha definido qué tipo de intervención quirúrgica requiere el menor en caso tal de que sea esa la única posibilidad de mejoría; y, (iv) ha sido negligente en fijar controles médicos al menor varios meses después, cuando el riesgo de pérdida total de la visión es actual.

Así las cosas, en procura de hacer cesar tal vulneración evidenciada, esta Corporación ordenará a la EPS-S accionada que realice los trámites administrativos necesarios para que el niño Jhon Lii sea valorado por un oftalmólogo pediatra en la ciudad de Armenia quien, previos los exámenes especializados que estime prudentes y adecuados, establezca con certeza la enfermedad visual que padece el menor y determine el tratamiento médico que se debe seguir, el cual debe ser prestado y garantizado por Cafesalud EPS-S.

Si la valoración médica especializada o los exámenes que requiere el menor no se pueden cumplir en Armenia, sino que debe hacerse en otra ciudad en la cual la EPS-S tenga cobertura de esos servicios, Cafesalud EPS deberá asumir los gastos de transporte, alimentación y hospedaje que requiera Jhon Lii Sarria Palacio y su acompañante, ya que la limitación geográfica o de coberturas contractuales no puede anteponerse como barrera para la efectiva satisfacción de derechos fundamentales, más aún cuando se trata de un niño en cuyo favor opera una garantía acentuada de derechos por ser sujeto de especial protección constitucional.

Además, llamará la atención a la agente oficiosa del menor para que preste toda su colaboración y permita llevar a cabo los exámenes, procedimientos y tratamientos que le

sean ordenados a Jhon Lii en cumplimiento de este fallo judicial, habida cuenta que lo que se persigue es la recuperación de la salud visual de su nieto, así sea mediante intervenciones quirúrgicas si el oftalmólogo pediatra lo estima necesario.

7.3. De otro lado, la Sala observa que el 2 de octubre de 2014 la EPS-S accionada emitió una autorización de servicios para que al niño Jhon Lii le fueran suministrados unos lentes monofocales con montura que le recetó su médico tratante, pero a pesar de ello, hasta el 1º de julio de 2015 la agente oficiosa manifestó que no le habían sido entregados porque se le está exigiendo un copago que no puede asumir ante su difícil situación económica.

Al respecto, la Sala estima que de acuerdo con la Resolución No. 5521 del 27 de diciembre de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, más conocida como el POS unificado, existe una cobertura de atención especial para las personas de 6 a 14 años de edad, la cual contempla la detección temprana de alteraciones de la agudeza visual con las tecnologías que contempla el plan de beneficios (art. 94), la prelación en el diagnóstico y el tratamiento de enfermedades que se presenten en las niñas y los niños (art. 98), y concretamente, el suministro de lentes externos siempre que por prescripción médica o por optometría se determinen para efectos de tratar la disminución de la agudeza visual (art. 103). Así, derivado de esta última cobertura, los afiliados al régimen subsidiado en salud que se encuentren dentro del rango etario de 6 a 14 años, tienen derecho a reclamar los lentes con montura una vez cada año “hasta por un valor equivalente al 10% del salario mínimo legal mensual vigente”. Este suministro genera un copago y si excede el tope señalado, el valor adicional debe ser asumido por el afiliado.

En el presente caso, según indicó la agente oficiosa, al niño Jhon Lii le habían formulado gafas hace más de 4 años y en esa oportunidad pagó \$80.000 para poder reclamarlas en la EPS-S, pero a mediados del año 2014 el menor las extravió en el colegio, siendo indispensable su reemplazo ante las dificultades de salud visual que presenta; no obstante lo anterior, señaló que Cafesalud EPS-S le exige que asuma un nuevo copago para poder reclamar las gafas que requiere el menor.

Siguiendo las consideraciones que fueron trazadas en el fundamento jurídico 6.2 de esta sentencia, las personas que se encuentran afiliadas al régimen subsidiado en salud y que tengan calificación de Sisbén I, se encuentran excluidas de asumir copagos y cuotas de

recuperación, debido a la presunción de falta de capacidad económica que los cobija. Por esa razón, la exigencia de asumir un copago que hace la EPS-S accionada para entregar las gafas que requiere el menor, constituye un obstáculo material que le impide disfrutar de su salud visual mediante el uso de un elemento que se encuentra incluido en el POS unificado, por cuanto se trata de un núcleo familiar que tiene calificación nivel I del Sisbén, es decir, respecto del cual se predica un eximente legal de asumir copagos.

Dado lo anterior, la Corte evidencia que Cafesalud EPS-S vulnera el derecho fundamental a la salud del menor Jhon Lii Sarrio Palacio, al negar el suministro de los lentes monofocales con montura que requiere, anteponiendo un cobro económico. En vista de ello, con el fin proteger ese derecho y teniendo presente que la fórmula del optómetra ya casi cumple un año de haber sido emitida, la Sala ordenará a la EPS-S accionada que proceda a remitir al menor Jhon Lii a valoración con su optómetra tratante, para que esté determine la formula actual que requiere en los lentes monofocales, y culminado ese proceso, los suministre al menor que se encuentra eximido de asumir copagos para la entrega de los lentes especiales que requiere.

7.4. Sobre el punto de copagos, la Sala observa que la señora Elizabeth Sánchez había formulado anteriormente otra acción de tutela contra la EPS-S Comfenalco y el Instituto Seccional de Salud de Quindío, en la cual solicitó que a su nieto Jhon Lii le fuera autorizada y realizada la cirugía visual denominada iridectomía más sinequitomía en su ojo izquierdo. En esa oportunidad, el Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Armenia mediante sentencia del 19 de marzo de 2009, tuteló los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física y a la vida digna del menor, ordenando a aquella EPS-S que (i) practicara efectivamente el procedimiento quirúrgico que requería el niño, (ii) asumiera todo tratamiento, medicamento o procedimiento médico que se encuentre por fuera del POS, para garantizar la protección integral a los derechos fundamentales del menor y, (iii) lo exoneró del pago de cuotas de recuperación para que pudiera disfrutar del servicio de salud, entre otras. Impugnada esa decisión, el Tribunal Administrativo del Quindío en sentencia del 5 de mayo de 2009, adicionó el fallo del a quo indicando que si el menor debía desplazarse a otra ciudad para recibir la atención médica especializada, Comfenalco debía suministrar los gastos de transporte y permanencia del menor y de un acompañante. Esas decisiones no fueron objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional.

Como se puede observar, en el presente caso no es posible predicar el fenómeno de la cosa juzgada en materia de tutela, por cuanto en esa ocasión la EPS-S accionada era Comfenalco y no Cafesalud como acontece en la actual acción de amparo. Significa lo anterior que las partes son diferentes y, por ende, es viable la intervención del juez de tutela en procura de ordenar que se exonere al menor Jhon Lii de pagar cuotas de recuperación y copagos por los servicios médicos que se le presten con el fin de restablecer su salud visual.

7.5. Finalmente, esta Corporación adoptará la fórmula de protección integral a los derechos fundamentales del menor, motivo por el cual dispondrá que los exámenes, los procedimientos y el tratamiento especial que necesita el niño para garantizar su salud visual de acuerdo con lo dispuesto por el oftalmólogo pediatra y por el optómetra, sean prestados directamente por el EPS-S accionada, a quien facultará para que recobre ante la Secretaría de Salud Departamental del Quindío, aquellos servicios que se encuentren excluidos del POS unificado cuando se trata de personas afiliadas al régimen subsidiado de salud, como sucede en el presente asunto [Supra f.j. 5.3. y 5.4.]

Y de todas las gestiones que realice la EPS-S accionada y la Secretaría de Salud vinculada, darán cuenta en forma inmediata al juez de única instancia, quien verificará el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección.

IV. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal de Cafesalud EPS-S, o a quien haga sus veces, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice los trámites administrativos pertinentes para que dentro de los diez (10) días siguientes el niño Jhon Lii Sarria Palacio sea valorado por un oftalmólogo pediatra que establezca con certeza la enfermedad visual que padece el menor y determine el tratamiento médico que debe seguir, el cual debe ser prestado y garantizado por Cafesalud EPS-S. Para tal fin, el oftalmólogo pediatra podrá ordenar los exámenes médicos que estime prudentes, los cuales deberán ser realizados por la EPS-S accionada con el fin de brindar

un diagnóstico efectivo.

Si la valoración médica especializada o los exámenes que requiere el menor no se pueden cumplir en Armenia – Quindío, sino que debe hacerse en otra ciudad en la cual la EPS-S tenga cobertura de esos servicios, Cafesalud EPS deberá asumir los gastos de transporte, alimentación y hospedaje que requiera Jhon Lii Sarria Palacio y su acompañante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- ORDENAR al representante legal de Cafesalud EPS-S, o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice los trámites administrativos pertinentes para que dentro de los diez (10) días siguientes el niño Jhon Lii Sarria Palacio sea valorado por su optómetra tratante, quien deberá actualizar la fórmula de lentes monofocales con montura que necesita. Una vez emitida la fórmula médica, Cafesalud EPS-S contará con cinco (5) días siguientes para autorizar y entregar las gafas al menor, eximiéndolo de asumir copagos por este y otros servicios médicos de salud visual, según fue expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO.- DISPONER la protección integral de los derechos del niño Jhon Lii Sarria Palacio, ordenando al representante legal de Cafesalud EPS-S, o a quien haga sus veces, que preste directamente todos los servicios de salud visual relacionados con los exámenes, el tratamiento y/o el procedimiento quirúrgico que requiera el menor de acuerdo a lo ordenado por el oftalmólogo pediatra, el optómetra o el médico especializado en la materia, independientemente que se encuentren incluidos o excluidos del POS unificado. Frente a los servicios excluidos del plan de beneficios, se AUTORIZA a Cafesalud EPS-S para que recobre los mismos ante la Secretaría de Salud Departamental de Quindío.

QUINTO.- ORDENAR al Secretario de Salud Departamental de Quindío, o a quien haga sus veces, que en el caso de que los exámenes, el tratamiento y/o el procedimiento quirúrgico que requiera el niño Jhon Lii Sarria Palacio estuvieren excluidos del POS unificado, los asuma con cargo a los recursos de la oferta destinados al sector salud, coordinando la prestación de los servicios de salud con la Cafesalud EPS-S o su recobro.

SEXTO.- PREVENIR a la agente oficiosa Elizabeth Sánchez, para que preste toda su colaboración y permita llevar a cabo los exámenes, procedimientos y tratamientos que le

sean ordenados a Jhon Lii Sarria Palacio en cumplimiento de este fallo judicial, habida cuenta que lo que se persigue es la recuperación de la salud visual de su nieto, así sea mediante intervenciones quirúrgicas si lo estima pertinente el oftalmólogo pediatra.

SÉPTIMO.- ORDENAR, al Juzgado 8° Civil Municipal de Armenia, que verifique y vele por el cumplimiento cabal de la presente providencia, para lo cual hará los requerimientos del caso si Cafesalud EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental del Quindío no dan cumplimiento en los plazos señalados.

OCTAVO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada Ponente (e)

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] De acuerdo con la fotocopia de la tarjeta de identidad que se observa a folio 2 del cuaderno principal, el agenciado Jhon Lii Sarria nació el 4 de septiembre de 2003.

[2] Así lo reporta la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social del FOSYGA, según informe impreso que obra a folio 20 del cuaderno principal. Se advierte que en otros documentos aparece como fecha de afiliación inicial el 4 de enero de 2009.

[3] Cfr. folio 3 cdno 1.

[4] Este principio constitucional y su desarrollo a través de la agencia oficiosa, fue objeto de análisis en la sentencia T-344 de 2001.

[5] Sentencia T-312 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[6] El tema ha sido desarrollado por las sentencias SU-1023 de 2001, T-324 de 2004, T-836 de 2008, T-1093 de 2008, T-197 de 2009, T-312 de 2009, T-477 de 2009, T-591 de 2009, T-595 de 2009, T-444 de 2012, T-578 de 2013 y T-397 de 2014, entre otras.

[7] En sentencia SU-707 de 1996, la Sala Plena de esta Corporación indicó que: “Para la procedencia de la agencia oficiosa es indispensable no sólo que el agente oficioso afirme actuar como tal, sino que además demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia”. Adicionalmente, en sentencia T-294 de 2004 fueron definidos los dos requisitos así: “(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 de instaurar la tutela a nombre propio”. Sobre el particular, también se pueden consultar las sentencias T-346 de 2005, T-750 de 2005, T-162 de 2006 y T-913 de 2006.

[8] Así lo señaló la sentencia T-1093 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[9] Auto 006 de 1996.

[10] Sentencias T-625 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y T-496 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[11] (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[12] Ver, entre otras sentencias de tutela, las sentencias T-597 de 2003, T-1218 de 2004 y T-361 de 2007.

[13] (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[14] En el fundamento 3.2. de dicha sentencia, se precisó que la Corte ha protegido el

derecho a la salud por tres vías evolutivas: (i) estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual permitió identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir la procedencia de la tutela para que el ciudadano pueda obtener una pronta protección del mismo; (ii) reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el accionante es sujeto de especial protección; y, (iii) afirmándola que en general el derecho a la salud es fundamental en lo que respecta a un ámbito básico. Ésta última concepción es la actualmente aplicable.

[15] “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[16] Sentencias T-924 de 2011, T-388 de 2012 y T-887 de 2012 (todas del MP Luis Ernesto Vargas Silva). El principio de integralidad “ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante” (Sentencia T-760 de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa). En la sentencia T-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en el fundamento jurídico 5.2.8.3., se estudió el principio de integralidad como está concebido en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, indicando que “(...) se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares (...)”.

[17] El numeral 2 literal b) del artículo 24 de la Ley 12 de 1991, además establece que el Estado debe “asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”. Además de ese instrumento internacional, la Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que “[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las

Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como, por ejemplo, en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: “a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para “la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

[18] “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

[19] Sobre el punto, ver sentencia T-105 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[20] Al respecto se pueden consultar la sentencias T-887 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-298 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo), T-940 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-045 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo) y T-210 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

[21] Sentencia T-717 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), reiterada en las sentencias T-274 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-452 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-639 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo).

[22] Artículos 215 de la Ley 100 de 1993 y 29 de la Ley 1438 de 2011.

[23] Al respecto, cabe precisar que el Acuerdo 04 de 2009 proferido por la Comisión de Regulación en Salud, unificó como plan de beneficios de las niñas y los niños de 0 a 12 años afiliados al esquema subsidiado total o parcialmente, brindando las coberturas establecidas en el POS del régimen contributivo. De esa forma, desde el 1º de enero de 2010, existe un POS unificado para la población infantil y pre-adolescente en Colombia. Más adelante, con el Acuerdo 011 de 2010 dicha unificación fue extendida a la población adolescente, es decir, a los menores de 18 años. Finalmente, el POS se unificó para la población en general, independientemente el régimen al cual se encuentren afiliados, a través de la Resolución 029 de 2011, la cual fue derogada expresamente por el artículo 137 de la Resolución 5521 de 2013. Esta última resolución rige desde el 1º de enero de 2014 y contiene el actual POS unificado.

[24] En la sentencia T-131 de 2015 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez), la Sala Octava de Revisión reiteró lo afirmado en la sentencia T-613 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en el sentido de que “[e]n principio, el derecho fundamental a la salud es exigible por vía de tutela solamente respecto de los contenidos consagrados en el P.O.S. De forma que por regla general, en virtud de la asistencia en salud que se deriva del Sistema General de Seguridad Social en Salud (S.G.S.S.S.), todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: “(i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud”.

[25] Sobre estos dos puntos de competencias, se pueden consultar las sentencias T-866 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-887 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[26] Sentencias T-864 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-887 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-020 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-131 de 2015 (MP María Victoria Sáchica Méndez).

[27] Desde el precedente decantado que fijó la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), es posible amparar prestaciones no incluidas en el plan de beneficios siempre y cuando se materialicen los siguientes supuesto de hecho que estructuran el concepto de “requerir con necesidad”: “a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse 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; c) 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.); y finalmente, d) 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.”

[28] La sistematización de estas reglas se realiza a partir de las consideraciones que fueron planteadas en las sentencias T-864 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-887 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-020 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-041 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-131 de 2015 (MP María Victoria Sáchica Méndez).

[29] Ver Acuerdo 260 de 2004. Allí se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras en el SGSSS. Allí se hace la diferenciación entre las cuotas moderadoras, que se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, cuyo objeto es el de regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS, mientras que los copagos se cobran a los afiliados beneficiarios como una parte del valor del servicio médico requerido y tienen la finalidad de ayudar a financiar al sistema de salud. // Tomado Cfr. Sentencia T-105 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), cita 25.

[30] (MP Hernando Herrera Vergara).

[31] Así lo señaló la sentencia T-036 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) y lo recordó recientemente las sentencias T-105 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-131 de 2015 (MP María Victoria Sáchica Méndez).

[32](MP María Victoria Sáchica Méndez).

[33] Que en relación con el régimen subsidiado funciona en igual forma que con respecto al contributivo.

[34] Que propenden por la financiación del S.G.S.S.S. por la prestación de servicios o atenciones en salud que se encuentran por fuera de la red de servicios de la E.P.S. o que se encuentran excluidos del P.O.S.

[35] Sentencias T-388 de 2010 y T-105 de 2014 (ambas del MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[36] Así se desprende incluso de los cuadros informativos de servicios que anexó la EPS-S accionada.