

Sentencia T-496/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONA CON DISCAPACIDAD-Reiteración de jurisprudencia

La importancia del derecho a la salud se deriva, básicamente, de su estrecha y directa relación con otros derechos fundamentales como lo son el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana de que gozan todos los habitantes del territorio nacional. Si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Libertad para conformar su propia red de IPS para ofrecer servicios de salud

Las empresas promotoras de salud (EPS) son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS. Para ello tienen la libertad de elegir las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS) por intermedio de las cuales van a suministrarlos a sus afiliados, y la obligación de suscribir convenios con ellas, para garantizar que la prestación de los servicios sea integral y de calidad.

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS-No es absoluto

En el caso bajo análisis, se presenta efectivamente un conflicto entre la libertad que tiene Salud Total EPS de ofrecerle al actor uno de los institutos que pertenecen a su red de servicios, Hospital Infantil San José, para practicarle a su hijo la cirugía denominado “colgajo libre de cresta iliaca”, y el derecho a la libre escogencia del actor, quien prefiere que el tratamiento se lleve a cabo en la Fundación Santa Fe o en el Hospital San Ignacio que no hacen parte de la red de la EPS accionada. En la solución del caso concreto, el derecho de escogencia del actor no es absoluto y debe limitarse a las opciones que Salud Total EPS puede ofrecerle.

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Naturaleza jurídica

En el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se establece la diferencia entre las cuotas moderadoras y los copagos, al señalar que las primeras, que se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, tienen por objeto 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, al paso que los segundos, que se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema. De este modo, ha dicho la Corte, que la base del citado acuerdo está, por un lado, con el establecimiento de las cuotas moderadoras, el propósito de racionalizar el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los afiliados y sus beneficiarios, evitando desgastes innecesarios en la prestación del servicio, y, por otro, con los copagos aplicables a los beneficiarios, se pretende que una vez se haya ordenado la práctica de algún examen o procedimiento, se realice una contribución, de conformidad con un porcentaje establecido por la autoridad competente, con la finalidad de generar otro aporte al Sistema y proteger su financiación.

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Régimen legal aplicable a cuotas moderadoras, copagos y cuotas de recuperación

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-No pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios de salud cuando el usuario no está en la capacidad de sufragar su costo

Toda persona tiene el derecho constitucional a no ser excluida del acceso a los servicios de salud, por lo que no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas. La Constitución Política, en el artículo 49, establece que la 'atención de la salud' es un servicio público a cargo del Estado, que debe garantizar 'a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud', 'conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad'.

INCAPACIDAD ECONOMICA DE PADRES DE MENOR-Exoneración de copagos y cuotas moderadoras/EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas

jurisprudenciales

La jurisprudencia ha considerado expresamente que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requiere una niña o un niño cuyos acudientes no cuenten con los recursos para cubrir esos gastos. La jurisprudencia ha trazado unas reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de los pacientes que aducen no tenerla. Al respecto, se ha dicho que la EPS siempre cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por eso, uno de los deberes de las EPS consiste en valorar si, con la información disponible o con la que le solicite al interesado, éste carece de los medios para soportar la carga económica.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DEL MENOR-Tratamiento odontológico y cirugía “colgajo libre de cresta iliaca” de menor con labio leporino y exoneración de copagos y cuotas moderadoras

Referencia: expediente T-2913197

Acción de tutela instaurada por DICKSON ANDRÉS VELANDIA TRIVIÑO contra Salud Total EPS.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró:

Diana Carolina Rivera Drago

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil once (2011)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo del 2 de septiembre de 2010, proferido en primera instancia por el Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá, por el cual se negaron las peticiones del accionante, y de segunda instancia proferido por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, el 20 de octubre de 2010 por el cual se confirmó el fallo del a quo.

I. ANTECEDENTES

El día 19 de agosto de 2010 el ciudadano Dickson Andrés Velandia Triviño, obrando en representación de su hijo menor de edad Juan Sebastián Velandia Ballesteros, instauró acción de tutela contra Salud Total EPS, con el fin de que la entidad promotora de salud autorizara para su hijo la práctica de la cirugía denominada “colgajo libre de cresta iliaca” por parte del doctor Luis Eduardo Bermúdez, quien no hace parte del personal vinculado a la red prestadora de servicios de la accionada, en defensa de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. La acción de tutela se fundamenta en los siguientes

1. Hechos

1.1. El accionante está afiliado desde hace varios años a Salud Total EPS y tiene afiliado a su hijo como beneficiario.

1.2. El menor nació con labio leporino y paladar hendido por lo que se le han practicado varias cirugías que no han dado los resultados esperados, razón por la cual se sometió el caso a junta médica. El médico tratante afirmó que se había decidido la práctica de una nueva cirugía denominada “colgajo libre vascularizado con posible cresta iliaca” por parte del cirujano plástico Luis Eduardo Bermúdez.

1.3. El niño fue valorado por el doctor Bermúdez en mayo de 2010 y allí se le comunicó a los padres que se debía proceder con la reconstrucción del paladar mediante “colgajo libre de cresta iliaca”, y que ésta cirugía debía practicarse lo antes posible ya que con el crecimiento la deformidad también aumentaría. El médico informó además que el procedimiento debería practicarse en la Fundación Santa Fe o en el Hospital San Ignacio y que sus honorarios serían de \$7.000.000 mientras que la EPS correría con el resto de los gastos.

1.4. El accionante radicó un derecho de petición ante la EPS solicitando que ésta autorizara que la cirugía fuera practicada por el doctor Bermúdez. Dicha solicitud fue negada y se

ordenó que la cirugía la realizara el doctor Fernando Briceño, adscrito a la EPS accionada.

1.5. El doctor Briceño valoró al menor e indicó que él no estaba en la capacidad de practicar una cirugía tan complicada, que ésta solo podía realizarla el doctor Bermúdez quien es experto en dichos procedimientos y siempre ha obtenido buenos resultados. Por lo anterior, el mismo doctor Briceño escribió una orden indicando que la cirugía debía practicarla el doctor Bermúdez.

1.6. Aún así, la EPS accionada negó la autorización pero dio visto bueno a otro tipo de cirugía en el Hospital La Misericordia, que nada tiene que ver con la cirugía que el menor necesita.

1.7. Posteriormente, la EPS adujo haber autorizado la cirugía en el Hospital Infantil San José por el médico cirujano doctor Prada, indicando que tanto la institución como el profesional hacen parte de su red prestadora de servicios y cuentan con la infraestructura y la idoneidad práctica para realizar el procedimiento.

1.8. Teniendo en cuenta lo anterior, tanto la primera como la segunda instancia negaron la protección de los derechos invocados por el actor por cuanto el menor Juan Sebastián Velandia Ballesteros cuenta con la autorización para ser operado en el Hospital Infantil San José donde recibirá el procedimiento que hace falta para su recuperación. Con esto, la EPS accionada no vulneró los derechos del menor por cuanto garantizó la prestación del servicio solicitado.

1.9. El accionante insiste en que Salud Total EPS no ha autorizado la cirugía ni con el médico requerido por él ni en el Hospital Infantil San José con el Dr. Prada.

2. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente

2.1. Fotocopia de la autorización de Salud Total EPS para la realización de cirugía plástica infantil, sin más especificaciones.

2.3. Fotocopia del derecho de petición que el accionante radicó en Salud Total EPS solicitando la autorización para la cirugía de reconstrucción de paladar mediante colgajo libre de cresta iliaca, a realizar por parte del doctor Luis Eduardo Bermúdez en el Hospital Universitario San Ignacio o en la Fundación Santa Fe, teniendo en cuenta que, si bien el niño ha sido tratado en el Hospital de la Misericordia, dicha entidad no está en la capacidad de realizar el

mencionado procedimiento.

2.4. Fotocopia de la respuesta que Salud Total EPS remitió al padre del menor tras el derecho de petición que éste presentó. Se indica allí que el paciente es un niño de 10 años de edad con diagnóstico de labio fisurado y paladar hendido a quien se le han realizado tres cirugías en el Hospital Simón Bolívar y en el Hospital de la Misericordia. Se establece además que el doctor Luis Eduardo Bermúdez no hace parte de la red prestadora de servicios de Salud Total EPS, por lo que se le asignó una cita al menor con el cirujano máxilofacial Fernando Briceño para el lunes 19 de julio de 2010 a las 11 de la mañana.

2.5. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Dickson Andrés Velandia.

2.6. Fotocopia del carné de afiliación a Salud Total EPS de Juan Sebastián Velandia Ballesteros.

2.7. Fotocopia del registro civil de nacimiento de Juan Sebastián Velandia Ballesteros en el que consta que su padre es el accionante y que el niño tiene 11 años de edad.

3. Contestación de la accionada

Manifestó la accionada que efectivamente el menor Juan Sebastián Velandia se encuentra afiliado a Salud Total EPS como beneficiario de su padre. Indicó que se trata de un menor a quien se le han practicado tres cirugías por cuanto nació con labio leporino y paladar hendido. El menor requiere de otra cirugía por lo que fue remitido por su médico tratante al cirujano Luis Eduardo Bermúdez. Sin embargo, el mencionado doctor Bermúdez no hace parte de la red de profesionales de la salud de Salud Total EPS por lo que se le asignó una cita con el doctor Briceño quien sí pertenece a la misma. Una vez se llevó a cabo dicha valoración el doctor Briceño consideró que resultaba más conveniente remitir al paciente al Hospital Infantil San José, específicamente con el doctor Prada, quien tiene más experiencia en este tipo de casos.

De este modo, adujo la accionada que al menor se le han concedido todas las autorizaciones para los procedimientos que ha requerido para corregir su padecimiento y que si no se le autorizó la cirugía con el médico que su padre solicitaba, fue porque el mismo no pertenece a la red de servicios de la EPS; sin embargo, se le autorizó la práctica del procedimiento con

uno de los cirujanos adscritos a la misma y que cuenta con todas las capacidades técnico científicas para realizarlo.

4. Intervención de la Fundación Santa Fe

Indicó que no le consta ninguno de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela por cuanto el menor Juan Sebastián Velandia no ha sido atendido en la Fundación Santa Fe en ninguna oportunidad.

Manifestó además que la mencionada entidad no tiene convenio suscrito con Salud Total EPS y no ha recibido solicitud alguna para atender al paciente.

5. Intervención del Hospital de la Misericordia

Esta entidad indicó que el menor Juan Sebastián Velandia es un menor que nació con labio leporino y paladar hendido, al que se le han practicado múltiples cirugías y tratamientos para corregir dicho padecimiento, sin haberse alcanzado aún los resultados definitivos ya que aún hace falta una cirugía de reconstrucción 3D. Su médico tratante recomendó que dicha cirugía fuese practicada por el doctor Bermúdez por cuanto se trata de un procedimiento altamente complicado.

Por último se indicó que el paciente no ha visitado el hospital desde hace más de 8 meses por lo que se desconoce cuál es su situación actual.

6. Intervención del Ministerio de la Protección Social

Indicó que dentro de las obligaciones que tienen las EPS no está el deber de prestar el servicio de salud en la institución que escoja el usuario, sino el de organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el POS. Con dicho propósito deben gestionar y coordinar la oferta de servicios de salud directamente o a través de la contratación con IPS y con profesionales de la salud. De esta manera, la libertad de escogencia de IPS se limita a escoger entre las instituciones que ofrezca la EPS porque tiene contrato con ellas.

Respecto a la elección de un médico específico sucede exactamente lo mismo, los pacientes deben escoger entre los médicos que tienen contrato con la EPS a la que se encuentran afiliados.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá profirió sentencia el día 2 de septiembre de 2010, indicando que la acción de tutela procede únicamente en los casos en los que ocurre una vulneración a los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos y que:

“(…) la situación sub judice no se enmarca en supuestos de negación de servicios de salud de la cual sí podría predicarse afrenta a los derechos fundamentales, sino en la negación de remitir al menor (persona con limitación física) a un médico específico (doctor Luis Eduardo Bermúdez) y a unas clínicas específicas (Fundación Santa Fe y Hospital San Ignacio) para que se le practique la cirugía denominada colgajo libre de cresta iliaca, necesaria para el mejoramiento de la salud y calidad de vida del niño (…)”.

Consideró el juez de primera instancia que, en este caso, los servicios que fueron recomendados al paciente no pueden ser cubiertos por Salud Total EPS, toda vez que las clínicas y el médico que ofrecen el procedimiento no hacen parte de la red de entidades adscritas a la EPS accionada. Indicó además que:

“(…) Es pertinente señalar que hasta el momento lo prescrito por los médicos tratantes del paciente ha sido suministrado y los servicios requeridos han sido autorizados tal como obra de lo recaudado dentro del plenario (fls. 1 a 5 y 37 del plenario), el Despacho observa que lo requerido por el accionante (procedimiento quirúrgico con el doctor Luis Eduardo Bermúdez en una de las clínicas mencionadas precedentemente), obedece a una necesidad creada por el mismo tutelante que deriva de la angustia producida por la patología que está padeciendo su hijo, pero que repetimos no se encuentra dentro de la red que cubre la entidad a la que se encuentra afiliado, por lo cual a cambio ésta le ha ofrecido otras opciones con altos estándares de calidad y que ofrecen el procedimiento y tratamiento requerido por el menor (…).”

De este modo, el juez de primera instancia declaró improcedente el amparo por cuanto la EPS accionada ha brindado oportunamente el tratamiento que el menor ha requerido y además ha ofrecido prestar los servicios que el accionante invoca en una institución y

mediante un profesional, igualmente capacitado, que sí se encuentra adscrito a la red de servicios de la accionada.

2.2 Impugnación

Indicó el accionante que la afirmación hecha por la EPS accionada referente a que el procedimiento solicitado había sido autorizado en el Hospital San José era completamente falsa y precisamente por eso es que había sido impetrada la acción de tutela.

Consideró además que había quedado claro que su hijo necesitaba de manera urgente dicho procedimiento y que si la EPS a la que se encuentra adscrito no cuenta con la infraestructura para realizarlo, debe autorizar que el mismo sea practicado por el galeno adecuado así éste no haga parte de su red prestadora de servicios.

En la impugnación el accionante solicitó además que su hijo fuera exonerado del pago de copagos y cuotas moderadoras.

2.3. Sentencia de Segunda Instancia

El Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia el día 20 de octubre del año 2010, considerando que el caso de Juan Sebastián Velandia no se encuentra dentro de aquellos casos en que la Corte Constitucional ha considerado viable la acción de tutela, pues es evidente que los derechos invocados no están seriamente amenazados o vulnerados. De hecho, el menor fue remitido al Hospital San José, que sí forma parte de la red de servicios de la accionada, para que se le realizara el tratamiento ordenado. De esta manera, el ad quem confirmó la sentencia de primera instancia.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Durante el trámite de la presente tutela el magistrado sustanciador solicitó, mediante auto de pruebas del 02 de mayo de 2011, ordenar a Salud Total EPS aportar al expediente la autorización por ella proferida, para que el menor Juan Sebastián Velandia Ballesteros reciba la cirugía denominada “colgajo libre de cresta iliaca” en el Hospital Infantil San José por parte del doctor Prada.

2. Por otra parte, se le solicitó al accionante, Dickson Andrés Velandia Triviño aportar al

presente proceso los documentos de los que pudiera establecerse cuál es su situación económica por la que, según él, no puede sufragar el tratamiento que su hijo requiere para la recuperación de su salud.

3. Por último, se le solicitó al Hospital Infantil San José que aportara al presente proceso la certificación que estableciera que dicha institución y sus profesionales están en la capacidad de practicar el procedimiento denominado “colgajo libre de cresta iliaca”, o que, por el contrario, indicara que no se encuentran en dicha capacidad y que la EPS Salud Total debe contratar con otro tipo de institución médica.

4. Los términos del proceso fueron suspendidos mientras las pruebas solicitadas eran aportadas al expediente y analizadas por el despacho.

5. Salud Total EPS procedió a dar respuesta a lo solicitado el 18 de mayo de 2011, aportando copia de la autorización para la realización del procedimiento solicitado en el Hospital San José, así como copia de la comunicación que se le envió al accionante indicándole que el niño sería valorado por el doctor Prada para iniciar los procedimientos prequirúrgicos. Pese a lo anterior el menor no acudió a dicha cita.

6. El accionante, por su parte dio respuesta a la comunicación enviada por este despacho indicando que su hijo Juan Sebastián Velandia requiere de un tratamiento integral que no solo incluya la cirugía solicitada sino además una ortodoncia y todos los demás procedimientos que permitan su total rehabilitación física. Solicitó además la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos y afirmó que su situación económica es realmente precaria teniendo en cuenta que devenga solo el salario mínimo y debe responder por sus dos hijos, el arriendo de su vivienda y los servicios públicos. Junto con esta respuesta aportó los siguientes documentos:

- Fotografía del menor recién nacido en la que es evidente su padecimiento físico.
- Certificación laboral del accionante en la que consta que trabaja en la empresa Persom S.A desde septiembre de 2010 y que su salario es de \$535.600.
- Facturas de pago de diferentes servicios odontológicos y de ortodoncia que ha recibido el menor y que han tenido que sufragar sus padres.

- Fotocopia de la historia clínica del menor.
- Fotocopia de los recibos de pago de los diferentes copagos y cuotas moderadoras que han debido pagar los padres del menor por los servicios por él recibidos.
- Fotocopia de la historia clínica psiquiátrica del menor en la que se establece que el niño se encuentra seriamente afectado psicológicamente, que es agresivo, mentiroso, roba y se le han ordenado antidepresivos para estabilizar su conducta. Consta además que el menor sufre de retraso mental leve lo que ha dificultado gravemente su rendimiento escolar.

7. El Hospital Infantil San José procedió a dar respuesta al mencionado auto mediante comunicación del 18 de mayo de 2011, en la que se indicó que el Hospital San José tiene habilitado el servicio de cirugía plástica y sus especialistas cuentan con el entrenamiento y experiencia para realizar el procedimiento “colgajo libre de cresta iliaca”.

IV. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las Acciones de Tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política.

El expediente de la referencia fue seleccionado por medio de Auto del 31 de enero de 2011 proferido por la Sala de Selección número Uno.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1. El accionante es cotizante en Salud Total EPS y su hijo es su beneficiario. El menor nació con labio leporino y paladar hendido por lo que se le han practicado varias cirugías, sin embargo, aún hace falta una para obtener los resultados esperados. Tras realizar los estudios pertinentes se determinó que debía practicarse el procedimiento conocido como “colgajo libre de cresta iliaca” por parte del cirujano plástico Luis Eduardo Bermúdez.

El menor fue valorado por dicho médico y éste informó a sus padres que el procedimiento

debería practicarse en la Fundación Santa Fe o en el Hospital San Ignacio (IPS que no hacen parte de la red de Salud Total EPS) y que sus honorarios serían de \$7.000.000.

La EPS accionada indicó que ni el médico recomendado ni los hospitales sugeridos hacían parte de su red prestadora de servicios por lo que remitió al paciente a consulta con el doctor Briceño, quien valoró al menor e indicó que él no estaba en la capacidad de practicar una cirugía tan complicada, que ésta solo podía realizarla el doctor Bermúdez. Sin embargo, la accionada siguió negando el servicio y tras la interposición de la tutela adujo haber autorizado que la cirugía fuera practicada en el Hospital Infantil San José por el médico cirujano doctor Prada, indicando que tanto la institución como el profesional hacen parte de su red prestadora de servicios y cuentan con la infraestructura y la idoneidad práctica para realizar el procedimiento. Por otra parte, el accionante insiste en que Salud Total EPS no ha autorizado la cirugía ni con el médico requerido por él ni en el Hospital Infantil San José con el Dr. Prada.

2.2. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el problema jurídico a resolver es si en el presente caso se vulneraron o no los derechos a la vida digna y a la salud del menor Juan Sebastián Velandia Ballesteros, al no autorizarse la cirugía denominada “colgajo libre de cresta iliaca” por parte del doctor Briceño en la Fundación Santa Fe o en el Hospital San Ignacio, médico e instituciones que no hacen parte de la red prestadora de servicios de la EPS accionada. Para resolver dicho problema se desarrollarán los siguientes temas: i. El derecho fundamental a la salud de las personas en estado de discapacidad, reiteración de jurisprudencia; ii. La libertad de las Empresas Promotoras de Salud para conformar su propia red de servicios, el derecho a la libre escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y excepciones. Reiteración de jurisprudencia; iii. La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y las hipótesis en las que cabe su exoneración; y, iv. Análisis del caso concreto.

i. El derecho fundamental a la salud de las personas en estado de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

1. En el presente acápite se procederá a analizar el derecho a la salud y la protección con que éste cuenta tanto en la Constitución Política de 1991, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Valga recordar que la importancia de este derecho se deriva,

básicamente, de su estrecha y directa relación con otros derechos fundamentales como lo son el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana de que gozan todos los habitantes del territorio nacional.

2. En la sentencia T-574 de 2010 se indicó que la Constitución Política de 1991 dispone una especial protección a las personas que se encuentran en condición de discapacidad. De las disposiciones constitucionales es preciso destacar el artículo 13 y el 47. El artículo 13 de la Constitución enuncia que:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...) 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 igual manera, el artículo 47 constitucional prescribe que:

“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

La mencionada sentencia indicó lo siguiente:

“(...) la Corte, en reiterada jurisprudencia ha establecido, respecto de la especial protección que merecen las personas en situación de discapacidad, lo siguiente:

“El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión,

rehabilitación e integración social.

“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).”¹

De igual forma, en la Sentencia T-197 de 2003, en cuanto al tema de la salud y la necesidad de su protección respecto a aquellas personas que sufren padecimientos de esta índole, se indicó:

“(…) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”

Una conclusión acertada acerca del tema objeto de la presente exposición se encuentra en la sentencia T-818 de 20082:

“En síntesis, las circunstancias de vulnerabilidad e indefensión en las cuales desarrollan su vida las personas afectadas con algún tipo de discapacidad, son reconocidas por la Constitución Política y por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha establecido como deber de todas las personas que participan del Sistema de Seguridad Social en Salud, el deber de proteger especialmente a aquellos que por su condición física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.”

3. Frente a la ‘fundamentalidad’ del derecho en cuestión, esta corporación señaló en sentencia T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, lo siguiente:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente

sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significa de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos– indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar... Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”

4. Posteriormente, en sentencia T-144 de 2008 (febrero 15), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se precisó:

“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte³, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando pelagra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...⁴

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la

acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.”

5. Por último, es importante recordar que esta Corte, en sentencia T-126 de 2010 indicó que:

“(…) En la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esta corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[16] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.[17] La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.[18]”5

6. Por todo lo anterior, es posible concluir que si el derecho a la salud de cualquier individuo

resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela⁶. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado.

7. En el caso bajo estudio el niño para quien se solicita el amparo se encuentra en situación de discapacidad por cuanto nació con labio leporino y paladar hendido y las cirugías que se le han practicado aún no le han reportado los beneficios esperados. Por esta razón, el menor aún tiene serias dificultades para hablar y para comer, además de la afectación psicológica que la deformidad que padece le genera, principalmente frente a sus compañeros de colegio y en general, a todos los niños de su edad con los que no se siente en situación de igualdad y por parte de quienes, en ocasiones, recibe tratos discriminatorios. Se encuentra probado en el expediente que, si bien ya se le han practicado tres o más cirugías con el fin de corregir su situación, aún hace falta una para llegar al punto deseado, cirugía ésta que resulta complicada y para la que se requiere un profesional altamente capacitado, pero de la que depende que el niño pueda recuperar su salud y seguir adelante con una vida digna.

ii. La libertad de las Empresas Promotoras de Salud para conformar su propia red de servicios, el derecho a la libre escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y excepciones. Reiteración de jurisprudencia

1. Las empresas promotoras de salud (EPS) son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS. Para ello tienen la libertad de elegir las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS) por intermedio de las cuales van a suministrarlos a sus afiliados, y la obligación de suscribir convenios con ellas, para garantizar que la prestación de los servicios sea integral y de calidad⁷.

La Corte ha señalado que el único límite que tienen las EPS para ejercer tal derecho, radica en que se le garantice a los afiliados la prestación integral del servicio:

Al respecto dijo en la Sentencia T-238 de 2003:

2. Guardando correlación con la obligación anteriormente enunciada por parte de las EPS, de acuerdo con los artículos 153 y 159 de la Ley 100 de 1993 y 14 del Decreto 1485 de 19948, los usuarios tienen derecho a que se les garantice la libre escogencia de una IPS; pero este derecho está enmarcado dentro del abanico de opciones que ofrezca la respectiva EPS, sin que en principio puedan obligarla a prestar sus servicios por medio de instituciones distintas.

La Corte también ha señalado, de acuerdo con el marco normativo que regula el tema, que tal derecho puede ser ejercido dentro de las posibilidades ofrecidas por la respectiva EPS. Además, ha precisado que los afiliados deben acogerse a la IPS a la cual sean remitidos para la atención en salud, aunque prefieran otra carente de contrato siempre y cuando en la IPS receptora se brinde una prestación integral del servicio⁹.

Así se pronunció en la sentencia T-1063 de 2005¹⁰, la cual a su vez hizo referencia a la sentencia T-238 de 2003:

“De lo anterior se infiere que las EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados de este régimen deben acogerse a las IPS a las que sean remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones”.

3. En diversos casos, la Corte ha estudiado solicitudes de amparo en las cuales se ha planteado el conflicto entre la libertad de las EPS para conformar su propia red de instituciones para ofrecer servicios de salud, y el derecho a la libre escogencia de los usuarios para escoger una de tales instituciones.

La Corte ha sostenido los siguientes criterios de decisión:

□ En la sentencia T-238 de 2003, la Corporación declaró que no había violación de los derechos de un tutelante que padecía una enfermedad coronaria, y requería una cirugía de angioplastia con implantación de Stent cuya práctica fue autorizada por la EPS demandada en una IPS distinta a aquella donde venía siendo tratado; la EPS no tenía convenio con la institución de preferencia del tutelante para la realización de este tipo de intervenciones.

□ En la Sentencia T-614 de 2003, la Sala Séptima de Revisión consideró, que “las Entidades Promotoras de Salud están en libertad de contratar con las entidades que crean convenientes y que estén en capacidad de prestar los servicios requeridos por los usuarios, y no con las preferidas por éstos.” Determinó que el juez de tutela no podía acceder a la pretensión del demandante para que una niña fuera atendida en una entidad específica y por un médico en particular, porque a los interesados se les había ofrecido otras instituciones con la alternativa de realizar el tratamiento, y se les había indicado que una vez autorizado el procedimiento quirúrgico, la menor sería remitida a una de las I.P.S. en capacidad de realizarlo, y que formaba parte de la Red de Servicios de esa entidad.

□ En la sentencia T-010 de 2004, la Sala Tercera de Revisión dijo que el derecho a la elección de la entidad a la cual se confía el derecho a la salud, la vida y la integridad, “no se trata de una garantía absoluta. La propia legislación establece que toda persona tiene la libertad de escogencia en el Sistema de Salud, siempre y cuando ello ‘sea posible según las condiciones de oferta de servicios’. Estas condiciones de oferta del servicio se encuentran limitadas en dos sentidos, en términos normativos por la regulación aplicable y en términos prácticos por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes”.

□ En la sentencia T-719 de 2005, la Corte hizo la misma declaración al estudiar el caso de una niña que padecía parálisis general, reflujo gastroesofágico severo, trastorno de migración neuronal, epilepsia, cuadriplejía espástica, neumonía recurrente, incapacidad motora de origen central, incontinencia de esfínteres y trastorno de la deglución, y que requería tratamiento integral por rehabilitación, neuropediatría, neumología, nutrición y pediatría. Los tratamientos se le venían suministrando en una IPS en la que según la madre, no se le brindaba un servicio de calidad. La Corte consideró que la sola afirmación de la madre no era suficiente para desvirtuar la calidad del servicio que se le venía proporcionando a la menor, y por consiguiente no se podía obligar a la EPS a celebrar un convenio con otra IPS para brindar atención a la niña.

□ En la sentencia T-223 de 2008, la entidad demandada se había negado a autorizar, en el Hospital Pablo Tobón Uribe, unas radioterapias ordenadas por el médico tratante para el tratamiento de cáncer en esófago con metástasis en el pulmón. La hija del actor aducía que el constante desplazamiento de una IPS a otra, era causa de molestia en la salud de su padre y que dicho hospital contaba con tecnología de punta “menos invasiva y nociva”. La Sala

Quinta de Revisión de la Corte, no obstante haber encontrado carencia actual de objeto por muerte del paciente, compartió la apreciación del juez de instancia en el sentido de que no se había vulnerado el derecho a la salud del actor por haberle practicado las radioterapias en una IPS distinta a la de su preferencia.

4. Finalmente, aunque la negativa de traslado de IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, vale la pena mencionar los eventos en los cuales, según la ley, las EPS tienen la obligación de cubrir los servicios prestados a sus usuarios en instituciones que no pertenecen a su propia red de servicios.

En la resolución 5261 de 199411 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), está establecido dicho reembolso en los siguientes casos:

- Cuando el usuario es atendido por urgencias en su fase inicial,
- Cuando el usuario es atendido en una IPS que no pertenece a la red de servicios de su EPS, con autorización expresa y escrita de esta y,

5. De las pruebas que obran en el expediente y de la normatividad vigente en salud se advierte que, en el caso bajo análisis, se presenta efectivamente un conflicto entre la libertad que tiene Salud Total EPS de ofrecerle al actor uno de los institutos que pertenecen a su red de servicios, Hospital Infantil San José, para practicarle a su hijo la cirugía denominado “colgajo libre de cresta iliaca”, y el derecho a la libre escogencia del actor, quien prefiere que el tratamiento se lleve a cabo en la Fundación Santa Fe o en el Hospital San Ignacio que no hacen parte de la red de la EPS accionada. Como se verá más adelante, en la solución del caso concreto, el derecho de escogencia del actor no es absoluto y debe limitarse a las opciones que Salud Total EPS puede ofrecerle.

Con base en lo anteriormente expuesto la Sala procederá a resolver el caso concreto.

iii. La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y las hipótesis en las que cabe su exoneración

1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, específicamente con la sentencia T-760 de 2008, se ha establecido que una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, irrespete su derecho a acceder a éstos si le exige como

condición previa que cancele un pago moderador y el interesado no tiene la capacidad económica de asumirlo.

La tendencia jurisprudencial de esta Corte ha sido la de afirmar que toda persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud que requiere (i) cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o (ii) cuando requiere el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona tiene que asumir un copago o una cuota moderadora, o cuando el servicio requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde.

De esta manera, toda persona tiene el derecho constitucional a no ser excluida del acceso a los servicios de salud, por lo que no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas. La Constitución Política, en el artículo 49, establece que la 'atención de la salud' es un servicio público a cargo del Estado, que debe garantizar 'a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud', 'conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad'.

2. En desarrollo de estas disposiciones constitucionales, el legislador estableció que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetas a 'pagos moderadores' entendidos como 'pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles' (artículo 187 de la Ley 100 de 1993).¹² Los 'pagos moderadores' pueden ser de dos tipos: aquellos dirigidos a 'racionalizar' los servicios y aquellos dirigidos a 'complementar la financiación de los servicios prestados'.¹³ El legislador advierte que en el caso de los afiliados cotizantes, los 'pagos moderadores' sólo pueden ser aplicados con un 'exclusivo objetivo', a saber, 'racionalizar el uso de servicios del sistema'; mientras que en el caso de los beneficiarios, tales pagos también se aplicarán con el objetivo de 'complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS'.¹⁴

3. De esta manera, en el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se establece la diferencia entre las cuotas

moderadoras y los copagos, al señalar que las primeras, que se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, tienen por objeto 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, al paso que los segundos, que se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.

De este modo, ha dicho la Corte, que la base del citado acuerdo está, por un lado, con el establecimiento de las cuotas moderadoras, el propósito de racionalizar el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los afiliados y sus beneficiarios, evitando desgastes innecesarios en la prestación del servicio, y, por otro, con los copagos aplicables a los beneficiarios, se pretende que una vez se haya ordenado la práctica de algún examen o procedimiento, se realice una contribución, de conformidad con un porcentaje establecido por la autoridad competente, con la finalidad de generar otro aporte al Sistema y proteger su financiación¹⁵.

En el mencionado acuerdo se regulan los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Se establecen los principios que deben respetarse para la aplicación de los mismos. Así, de conformidad con el Artículo 5 del acuerdo, para ese efecto deben respetarse los siguientes principios básicos:

“1. Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.

2. Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad. En todo caso, las entidades deberán publicar su sistema de cuotas moderadoras y copagos anualmente en un diario de amplia circulación.

3. Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.

4. No simultaneidad. En ningún caso podrán aplicarse simultáneamente para un mismo servicio copagos y cuotas moderadoras.”

Dispone el artículo 4 del acuerdo que, en el régimen contributivo, las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Específicamente en relación con los copagos, el acuerdo, en su artículo 9, establece que el valor por año calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con los parámetros que, para cada evento, se fijan en la misma disposición.¹⁶ Allí se señala también que se entiende por la atención de un mismo evento el manejo de una enfermedad específica del paciente en el mismo año calendario, y, en el artículo 10 del acuerdo se establece el tope máximo de copagos por afiliado beneficiario por año calendario. Tratándose de afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor del copago será del 11.5% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que el cobro por un mismo evento exceda del 28.7% del salario mínimo legal mensual vigente y se fija como tope máximo anual el 57.5% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 17.3% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que exceda del 115% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por un mismo evento. Por último, para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 23% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que por un mismo evento exceda del 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7º del Acuerdo 260 de 2004, están sujetos al cobro de copagos todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: 1. Servicios de promoción y prevención; 2. Programas de control en atención materno infantil; 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles; 4.

Enfermedades catastróficas o de alto costo; 5. La atención inicial de urgencias y, 6. Los servicios que, conforme al artículo 6º del Acuerdo están sujetos al cobro de cuotas moderadoras.

Por su parte, el artículo 6º establece cuáles son los servicios sujetos al pago de cuotas moderadoras. Se indica allí que están sujetos a cuotas moderadoras:

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

Establece además que en ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias; que si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención

integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios; y que las cuotas moderadoras se pagarán al momento de utilización de cada uno de los servicios, en forma independiente.

En cuanto al monto de las cuotas moderadoras, establece el artículo 8° del mismo acuerdo que las cuotas moderadoras se aplicarán por cada actividad contemplada en el artículo 6° del acuerdo, a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios con base en el ingreso del afiliado cotizante, expresado en salarios mínimos, de la siguiente manera:

1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 11.7% de un salario mínimo diario legal vigente.
2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos (2) y cinco (5) salarios mínimos, el 46.1% de un salario mínimo diario legal vigente.
3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor de cinco (5) salarios mínimos, el 121.5% de un (1) salario mínimo diario legal vigente.

En lo que tiene que ver con el régimen subsidiado, se establece en el artículo 11 que los beneficiarios de dicho régimen 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.
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.

4. Sin embargo, en el momento de la prestación de los servicios de salud, las instituciones encargadas deben tener en cuenta, siempre, la voluntad expresa y manifiesta del Legislador, de acuerdo con la cual 'en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres'.¹⁷ Para la Corte, el no tener capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a "acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación".¹⁸

5. De manera más específica, la jurisprudencia ha considerado expresamente que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requiere una niña o un niño cuyos acudientes no cuenten con los recursos para cubrir esos gastos¹⁹. En esta ocasión dijo al respecto la Corte,

"(...) cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos.

Lo anterior adquiere mayor importancia, como se verá en concreto frente a las circunstancias del caso revisado si el afectado con la decisión de la entidad prestadora de servicios de salud es un menor de edad, pues para su caso, el derecho a la salud es de naturaleza fundamental y, por tanto, es procedente su protección a través del amparo constitucional no sólo en los eventos en que se afecten de forma grave los derechos a la vida y a la integridad física, sino también cuando se compruebe que, a raíz de la falta de atención médica, se impide el mantenimiento de adecuadas condiciones biológicas o psíquicas del niño."²⁰

6. Tal y como se mencionó en el acápite anterior, la jurisprudencia ha trazado unas reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de los pacientes que aducen no tenerla. Al respecto, se ha dicho que la EPS siempre cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por eso, uno de los deberes de las EPS consiste en valorar si, con la información disponible o con la que le solicite al interesado, éste carece de los medios para soportar la carga económica.

- La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS

demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.²¹

Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.

- Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante,²² pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado.”²³.

7. De este modo, la Sala analizará en el caso concreto, si se cumplen o no las reglas para la exoneración de los pagos moderadores y si el accionante tiene o no capacidad económica para cubrirlos.

iv. El caso concreto

1. Pasa entonces la Sala a analizar el caso concreto para determinar si Salud Total EPS, vulneró o no los derechos a la salud y a la seguridad social del menor Juan Sebastián Velandia Ballesteros, al autorizar la cirugía “colgajo libre de cresta iliaca” en la Fundación Santa Fe o en el Hospital Universitario San Ignacio, procedimiento que necesita para recuperar su salud y tener una vida digna tras la corrección del defecto físico que padece.

2. Como se deriva de los hechos y del expediente, el niño Juan Sebastián Velandia Ballesteros es un paciente que nació con labio leporino y paladar hendido, al que ya se le han practicado diferentes cirugías y quien necesita todavía más procedimientos para recuperarse completamente, pues, en su estado actual aún se le dificulta hablar y comer de manera

normal. De este modo, el paciente en cuestión fue evaluado por una junta médica para determinar cuáles debían ser los pasos a seguir en su tratamiento y se estableció que requería de una cirugía muy específica denominada “colgajo libre de cresta iliaca”, y que dicha cirugía debía ser practicada por el doctor Bermúdez por ser el médico más experimentado en la materia. Sin embargo, el mencionado doctor no hace parte de la red de IPS de la accionada, razón por la cual Salud Total EPS remitió al menor a una de las IPS adscritas a su red, específicamente al Hospital Infantil San José, para que allí le fuera practicado el procedimiento. De hecho, obra en el expediente fotocopia de la orden que emitió para que el niño fuera atendido en la mencionada institución, así como certificación de que la misma cuenta con las capacidades técnicas y con el personal idóneo para practicar la cirugía solicitada.

3. En este caso se está frente a un niño que, siendo un sujeto de especial protección constitucional, tiene derecho a que su salud y su dignidad sean protegidas, y, con base en lo anterior, resulta necesario que se le practique la cirugía solicitada teniendo en cuenta que su finalidad es la recuperación de la salud del menor Juan Sebastián Velandia Ballesteros. Sin embargo, vale la pena aclarar que sus derechos no se menoscaban si el procedimiento médico no se lleva a cabo en la entidad solicitada por el accionante sino en una de las entidades hospitalarias adscritas a la accionada, siempre y cuando ésta también cuente con la tecnología y el personal que el procedimiento requiere para llevarse a cabo.

4. Es así como, se ha probado en el expediente que efectivamente el Hospital Infantil San José está en la capacidad de prestar el servicio requerido y cuenta con los profesionales para hacerlo, de manera que Salud Total EPS no vulnera los derechos del menor en este caso, al haber elegido la red de hospitales y profesionales de la medicina que conforman su red prestadora de servicios, teniendo en cuenta que, en el caso concreto, ésta cuenta con la capacidad para atender las necesidades médicas del usuario.

Considerando los precedentes jurisprudenciales de la Corte frente a estas controversias, la Sala encuentra que Salud Total EPS no está vulnerando los derechos fundamentales del menor a la salud y a la vida digna, porque le está ofreciendo la posibilidad de recibir el tratamiento que requiere en el Hospital Infantil San José, que tiene las condiciones para

prestar el servicio que se ha solicitado.

5. En cuanto a las pretensiones adicionales planteadas por el actor, referentes a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras y al tratamiento odontológico integral que requiere su hijo, debe indicarse que la Corte Constitucional ha seguido la línea jurisprudencial según la cual:

“La protección constitucional, conforme lo establece el artículo 86 Superior, consiste en una decisión de inmediato cumplimiento para que la persona respecto de quien se demostró que vulneró o amenazó conculcar derechos fundamentales, actúe o se abstenga de hacerlo. Ello denota entonces, la importancia que tiene la orden de protección para la eficacia de la acción de tutela, puesto que sería inocuo que a pesar de demostrarse la vulneración de un derecho de rango fundamental bajo los dos supuestos de procedencia explicados, el juez de tutela no adoptara las medidas necesarias y suficientes para garantizar materialmente el goce de los derechos fundamentales objeto de la controversia.

Tan relevante resulta la labor del juez de tutela para decidir cuál será la orden de protección adecuada para materializar los postulados del Estado Social de derecho, que él está facultado para fallar ultra o extra petita, si de los hechos que dieron origen a la acción, se deduce el quebrantamiento de un derecho fundamental distinto al alegado”.²⁴

Así mismo, en sentencia T-1216 de 2005 se indicó que:

46.- No se rompe pues con las reglas dispositivas a las cuales se encuentra sometido juez constitucional, al hacer objeto de la decisión de revisión cuestiones que en principio no fueron alegadas, siempre y cuando con ello se busque hacer efectiva la protección de los derechos vulnerados y, sobre todo, sea la única manera en que la reparación de esta vulneración se pueda desprender adecuadamente de la orden judicial.

La Corte entiende que el procedimiento constitucional en materia de acciones de tutela no es ajeno a las exigencias racionales de los demás procedimientos judiciales. No es ajeno a la exigencia de una relación directa y coherente entre lo que se alega en la tutela, y así, el fallo que en virtud de ello se dicta. Empero, dicho procedimiento tampoco es ajeno a que la mencionada relación directa y coherente no se puede exigir imperiosamente de la vulneración o amenaza real de los derechos y del fallo que pretende reparar o cesar dicha

vulneración o amenaza.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala encuentra que la EPS accionada tendrá que cubrir, además de la cirugía solicitada, el tratamiento odontológico que el menor requerirá después de la misma para lograr su rehabilitación y la recuperación total de su salud.

En lo que se refiere a la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos encuentra la Sala que el accionante efectivamente demostró carecer de los medios económicos para sufragarlos, al aportar al expediente las pruebas que demuestran que su situación económica es precaria por cuanto es él quien responde por sus dos hijos, el arriendo de su vivienda y los servicios públicos, así como la certificación laboral en la que consta que trabaja en la empresa Persom S.A desde septiembre de 2010 y que su salario es de \$535.600.

Así mismo aportó varias facturas de pago de diferentes servicios odontológicos y de ortodoncia que ha recibido el menor y que han tenido que ser sufragados por el peticionario, y fotocopia de los recibos de pago de los diferentes copagos y cuotas moderadoras que han debido pagarse por servicios recibidos.

Por las razones anteriores esta Sala procederá a ordenar a Salud Total EPS que proceda con la práctica de la cirugía “colgajo libre de cresta iliaca” en el Hospital Infantil San José y por parte del cirujano idóneo, cirugía que el niño Juan Sebastián Velandia Ballesteros requiere para la recuperación de su salud.

Así mismo se ordenará que Salud Total EPS cubra los tratamientos odontológicos que el menor tendrá que realizarse con el fin de rehabilitarse y recuperar completamente su salud.

Por último se ordenará a Salud Total EPS exonerar del pago de cuotas moderadoras y copagos al señor Dickson Andrés Velandia Triviño en todo lo referente a los tratamientos que el menor Juan Sebastián Velandia requiere para la recuperación de su salud, relacionados con su padecimiento de labio leporino.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos, decretada por la Sala en auto del 13 de mayo de 2011. Así mismo, REVOCAR el fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, que a su vez confirmó el fallo del Juzgado Treinta y Siete Civil Municipal de Bogotá, y en su lugar, TUTELAR los derechos del menor Juan Sebastián Velandia Ballesteros en los términos del siguiente numeral.

Segundo.- ORDENAR a Salud Total EPS que proceda, si aún no lo hubiese hecho, con la práctica de la cirugía “colgajo libre de cresta iliaca” al menor Juan Sebastián Velandia Ballesteros en el Hospital Infantil San José.

Tercero.- ORDENAR a Salud Total EPS que cubra todo el tratamiento odontológico que el niño Juan Sebastián Velandia Ballesteros va a necesitar tras la práctica de la cirugía para lograr una rehabilitación completa.

Cuarto.- ORDENAR a Salud Total EPS exonerar del pago de cuotas moderadoras y copagos al señor Dikson Andrés Velandia Triviño en todo lo referente a los tratamientos que el menor Juan Sebastián Velandia requiere para la recuperación de su salud, relacionados con su padecimiento de labio leporino.

Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T -288 de 1995.

2 Sobre el tema ver también la sentencia T-899 de 2007.

3Ver T-227/03, T-859/03, T- 694/05, T-307/06, T-1041/06, T-1042/06, T-016/07, T-085/07, T-200/07, T-253/07, T-523/07, T-524-07, T-525/07, T-648/07, T-670/07, T-763/07, entre otras.

4Sobre el tema particular, consultar las sentencias: T-1384 de 2000, T-365A de 2006, entre muchas otras.

5 Sentencia T-760 de 2008.

6 T-763 de septiembre 25 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

7 Ley 100 de 1993. "ARTICULO. 178.-Funciones de las entidades promotoras de salud. Las entidades promotoras de salud tendrán las siguientes funciones:

"(...)

"3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.

"4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.

"(...)"

Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, "Por la cual se establece el Manual de

Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”. “ARTICULO 1. CENTROS DE ATENCIÓN: El Plan de Beneficios DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD se prestará en todos los municipios de la república de Colombia, por todas aquellas instituciones y personas de carácter público, privado o de economía mixta, catalogados y autorizados para desempeñarse como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud I. P. S. El plan obligatorio de salud responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud se prestará en aquellas I. P. S. con las que cada E. P. S. establezca convenios de prestación de servicios de salud; o sin convenio en cualquier I. P. S. en los casos especiales que considera el presente reglamento”.

8 Ley 100 de 1993:

“ARTICULO 153. Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.”

“ARTICULO. 159.-Garantías de los afiliados. Se garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

1. La atención de los servicios del plan obligatorio de salud del artículo 162 por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas.

3. La libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y

efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta ley.

4. La escogencia de las instituciones prestadoras de servicios y de los profesionales entre las opciones que cada entidad promotora de salud ofrezca dentro de su red de servicios.

“(…)”.

Decreto 1485 de 1994. Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.

“ARTICULO 14. REGIMEN GENERAL DE LA LIBRE ESCOGENCIA. El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas:

“Numeral 4 - Libre escogencia de Entidades Promotoras de Salud.- Se entenderá como derecho a la libre escogencia, de acuerdo con la Ley, la facultad que tiene un afiliado de escoger entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio. Del ejercicio de este derecho podrá hacerse uso una vez por año, contado a partir de la fecha de vinculación de la persona, salvo cuando se presenten casos de mala prestación o suspensión del servicio.

“Numeral 5 - La Libre Escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. La Entidad Promotora de Salud garantizará al afiliado la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la entidad deberá tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios que en su conjunto sea adecuado a los recursos que se espera utilizar, excepto cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditadas ante la Superintendencia Nacional de Salud.

“La Entidad Promotora de Salud podrá establecer condiciones de acceso del afiliado a los prestadores de servicios, para que ciertos eventos sean atendidos de acuerdo con el grado de complejidad de las instituciones y el grado de especialización de los profesionales y se garantice el manejo eficiente de los recursos”

“(…)”

9 Ver sentencias T-238 de 2003, T-10 de 2004, T-1063 de 2005, T-719 de 2005, T-247 de 2005 y T-423 de 2007.

10 En esta ocasión la Corte abordó el caso de una niña con déficit en su desarrollo físico y psicológico, cuya madre solicitaba que las terapias de rehabilitación se le siguieran practicando en la IPS Previmedica en lugar de la Fundación Liga Central contra la Epilepsia u Hospital La Misericordia. También requería que se le practicaran unos exámenes que estaban excluidos del Plan Obligatorio de Salud, así como la valoración por parte de un especialista en neuropediatría. La Corte revocó parcialmente el fallo de tutela, confirmándolo en cuanto a que las terapias se le siguieran practicando a la niña en la IPS que la entidad demandada designara para el efecto; y amparando el derecho fundamental a la salud, en cuanto a la práctica de los exámenes no incluidos en el POS, y a la valoración de la niña por parte del médico especialista.

11 Resolución 5261 de 1994. "ARTICULO 10. ATENCION DE URGENCIAS. La atención de urgencias comprende la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados de salud indispensables e inmediatos a personas que presentan una urgencia. Todas las entidades o establecimientos públicos o privados, que presten servicios de consulta de urgencias, atenderán obligatoriamente estos casos en su fase inicial aún sin convenio o autorización de la E.P.S. respectiva o aún en el caso de personas no afiliados al sistema.

Las urgencias se atenderán en cualquier parte del territorio nacional sin que para ello sea necesario autorización previa de la E.P.S. o remisión, como tampoco el pago de cuotas moderadoras. La I.P.S. que presta el servicio recibirá de la E.P.S. el pago correspondiente con base en las tarifas pactadas o con las establecidas para el S.O.A.T.

En todo caso es el médico quien define esta condición y cuando el paciente utilice estos servicios sin ser una urgencia deberá pagar el valor total de la atención."(...)

"ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. 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. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto autorizados.”

12 La jurisprudencia constitucional ya había resaltado el concepto de ‘pagos moderadores’ como un concepto genérico que incluye las distintas categorías de pagos que se realizan en el sistema. En la sentencia T-973 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), por ejemplo, se señaló al respecto: “(...) la normatividad prevé cuotas económicas adicionales a las cotizaciones que deben ser cubiertas por las personas usuarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS-para acceder a los servicios de salud. Dentro de dicha legislación, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece los pagos que deben efectuar los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo o subsidiado de salud dentro de los cuales se encuentran pagos moderadores que comprenden a su vez i) pagos compartidos-copagos-, ii) cuotas moderadoras y iii) deducibles”. Así también en las sentencias T-617 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería), T-734 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

13 El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece: “De los Pagos Moderadores. Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. || En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y [la antigüedad de afiliación en el sistema] según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. || Los recaudos por estos

conceptos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía. || PARÁGRAFO. Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico o de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.' Se resalta la parte declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-542 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara).

14 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, primer inciso.

15 Ver Sentencia T-584 de 31 de julio de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

16 Artículo 9º. Monto de copagos por afiliado beneficiario. El valor por año calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de la siguiente manera: // 1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes el 11.5% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que el cobro por un mismo evento exceda del 28.7% del salario mínimo legal mensual vigente. // 2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 17.3% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que exceda del 115% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por un mismo evento. // 3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 23% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que por un mismo evento exceda del 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. // Parágrafo. Para efectos del presente acuerdo se entiende por la atención de un mismo evento el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario.

17 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, segundo inciso; de acuerdo con esta norma, los recaudos por estos conceptos 'serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud', no obstante, advierte que 'el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía', Fosyga.

18 Artículos 187 y 188 ('Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en

su atención a los usuarios’) de Ley 100 de 1993. En la sentencia T-811 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la Ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que “las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación.” En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada [Compensar EPS] prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

19 Al respecto ver la sentencia T-225 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

20 En este caso se decidió que “el derecho fundamental a la salud del menor debe primar sobre la obligación del cubrimiento de las cuotas moderadoras o copagos para lo cual deberá protegerse los derechos constitucionales del niño ordenando la prestación de los servicios de manera integral, como quiera que los derechos fundamentales están por encima de las reglamentaciones.” Corte Constitucional, sentencia T-225 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

21 Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-1019 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-447 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-279 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-113 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería).

22 Al respecto, ver las siguientes sentencias: T-867 de 2003 (MP: Manuel José Cepeda) y T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).

23 Corte Constitucional, sentencia T-744 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-984 de 2004 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-236A de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-805 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-888 de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería).

24 Corte Constitucional. Sentencia T-450/98 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.