

T-614-14

Sentencia T-614/14

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliados a régimen contributivo o subsidiado y participantes vinculados

ENTIDADES TERRITORIALES Y SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Responsabilidad en atención en salud de las personas vinculadas

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participantes vinculados

La universalidad es uno de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el cual se busca el cubrimiento de “todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida”.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Procedencia de tutela

La jurisprudencia constitucional ha manifestado que si se cumplen los requisitos establecidos en la regulación legal y reglamentaria que determinan las prestaciones obligatorias en salud, así como los criterios de acceso al sistema, todas las personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación.

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios de continuidad, integralidad y garantía de acceso a los servicios de salud

El principio de integralidad debe ser entendido como la obligación que tienen las EPS de otorgar los servicios, procedimientos, tratamientos, medicamentos y seguimiento necesarios para mejorar el estado de salud de los usuarios del sistema, respetando los límites que regulan las prestaciones de salud. En efecto, este principio no implica que el paciente pueda solicitar que se le presten todos los servicios de salud que desee. Quien tiene la capacidad de definir cuáles procedimientos o medicamentos son requeridos por el

usuario es el médico tratante adscrito a la EPS. Tampoco se da por cumplido con la aplicación de un tratamiento médico meramente paliativo, sino con la suma de todos los servicios requeridos para que el diagnóstico evolucione favorablemente.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Excepción al cumplimiento de copagos o cuotas moderadoras en caso de enfermedades ruinosas o catastróficas y de alto costo

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Orden a Secretaría de Salud y Hospital exonerar de copago, cuota moderadora o cuota de recuperación, o cualquier otro concepto de pago, durante el tratamiento médico del menor

Referencia: expediente T-4317330

Sirly Gómez Ortiz en representación de su hijo Juan Andrés Gómez Ortiz contra la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá, el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá y la Fundación Hospital de la Misericordia.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil catorce (2014).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Sesenta Civil Municipal de Bogotá.

I. ANTECEDENTES.

La señora Sirly Gómez Ortiz en calidad de agente oficiosa de su hijo Juan Andrés Gómez Ortiz de 15 años, interpone acción de tutela contra la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá, el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá y la Fundación Hospital de la Misericordia, por considerar que dichas entidades le están vulnerando los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social de su hijo (i) al haberse negado a afiliarlo al régimen subsidiado de salud; y, (ii) al negarse a autorizar la exoneración de copagos, pese a tener claro que la peticionaria no cuenta con capacidad económica y que su hijo padece de una enfermedad catastrófica de alto costo. Para fundamentar su solicitud de tutela la señora Gómez Ortiz relata los siguientes:

1. Hechos

1.1. Indica que tanto ella como su hijo se encuentran clasificados desde hace varios años por el Sisben en el nivel III, sin que dicha situación se ajuste a la realidad, teniendo en cuenta que son personas de escasos recursos. Es decir, no se encuentran adscritos ni al régimen contributivo ni al subsidiado.

1.2. Relata que es madre cabeza de familia, que actualmente su hijo Juan Andrés tiene 15 años de edad, es estudiante de décimo grado y el pasado 28 de enero fue diagnosticado con una enfermedad denominada "Leucemia Mieloide Aguda", por lo que al momento en el que se interpuso la acción de amparo se encontraba hospitalizado en el Hospital Fundación de La Misericordia.

1.3. Manifiesta que el 18 de febrero del año en curso le informaron a la salida del Hospital Fundación de La Misericordia que debía cancelar el valor del copago o cuota moderadora, por la suma de un millón ochocientos cuarenta y ocho mil pesos (\$1.848.000) so pena de no autorizar la salida del menor. Razón por la cual se vio obligada a firmar un compromiso de pago soportado en el pagaré número 12470.

1.4. Con fundamento en lo anterior, la señora Sirly Gómez Ortiz acude mediante acción de amparo, con el objeto de que se le exonere del 100% del pago de las cuotas moderadoras, teniendo en cuenta que no tiene medios económicos para asumir esa deuda y que la enfermedad que padece su hijo es catastrófica y genera altos costos.

2. Respuesta de las entidades accionadas

2.1. Secretaría Distrital de Salud de Bogotá

Mediante oficio recibido por el juez de instancia el 24 de febrero de 2014, la Subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Salud, manifestó sobre el caso de la referencia, que en lo concerniente a los argumentos esbozados por la parte actora no se vislumbraba vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados, en atención a que en la actualidad, la peticionaria ostenta la calidad de “persona vinculada” aunque no se encuentre adscrita al régimen contributivo o al subsidiado. Situación que a todas luces garantiza que pueda recibir los servicios de salud de la oferta dispuesta en la red hospitalaria del Distrito.

Aduce además, que lo que procede en este caso es vincular a la Secretaría de Planeación para que realice la reclasificación de la peticionaria y su hijo en el Sisbén y si es el caso, determinar a que EPS del régimen subsidiado quieren vincularse.

De otra parte, manifiesta que no es posible eximir a la peticionaria del pago de las cuotas de recuperación.

2.2. Fondo Financiero del Distrito de Bogotá

De acuerdo con la respuesta emitida por la Secretaría de Salud, este Fondo manifiesta estar conformado por la misma planta de personal, y que quien asume la responsabilidad jurídica del mismo es el Secretario del Despacho de la Secretaría Distrital de Salud. Así lo

indicó mediante escrito obrante a folios 34, 35 y 36 del cuaderno de instancia:

“Frente al Fondo Financiero Distrital “en primer lugar, corresponde referirnos a la naturaleza jurídica del Fondo Financiero Distrital de Salud. El cual, fue creado en fundamento en la ley 10 de 1990, que en artículo 12 dispuso que las entidades territoriales deben organizar el fondo local o Seccional de Salud como una cuenta especial de su presupuesto.

Como consecuencia de lo anterior, mediante el Acuerdo 020 de 1990 del Concejo de Bogotá, se creó el Fondo Financiero Distrital de Salud como un establecimiento público, del orden Distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, administrado por la Secretaria Distrital de Salud.

El Acuerdo establecido en el artículo 10, dice que el Fondo Financiero Distrital de Salud no cuenta con estructura administrativa ni con planta de personal propia; funciona con el personal de la Secretaria Distrital de Salud, y tiene un director Ejecutivo que será el mismo Secretario Distrital de Salud, y una Junta Directiva.

Ahora bien, debe considerarse que de acuerdo con el pronunciamiento del Concejo de Estado, los fondos especiales se administran en la forma que establezca la disposición legal que los crea y en el caso del Fondo Financiero Distrital de Salud, el acuerdo 020 de 1990 del Concejo de Bogotá es claro al disponer que sería administrado por la Secretaria Distrital de Salud.

Adicionalmente, la disposición estableció que no tendría planta de personal propia y funcionaría con el personal de la Secretaria Distrital de Salud, y bajo ningún motivo tendría una estructura paralela a la Secretaria Distrital de Salud.

Así las cosas y teniendo en cuenta que el Fondo Financiero Distrital de Salud, es un “fondo cuenta” creado legalmente en virtud de la ley 10 de 1990, administrado por la Secretaria Distrital de Salud a través de su planta de personal, por lo que en todos los trámites administrativos será la entidad que asume la responsabilidad jurídica a través de su representante legal, es decir, el secretario de despacho de la misma.”

2.3. Fundación Hospital de la Misericordia

Durante el trámite de la acción de amparo guardó silencio.

3. Respuesta de la entidad vinculada: Secretaría Distrital de Planeación de la ciudad de Bogotá.

Mediante comunicación del 25 de febrero de 2014, el Director de Defensa Judicial de la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá, informa al juez de instancia que no ha vulnerado los derechos fundamentales del menor, toda vez que a quien corresponde en este caso afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Bogotá es a la Secretaría de Salud.

De otra parte, informa que una vez se tuvo conocimiento del caso, se ordenó de manera inmediata la aplicación de la encuesta a la accionante, se procesó la información y el puntaje fue remitido al DNP y a la Secretaría Distrital de Salud para la validación y actualización del Sisbén, con el objeto de proceder a la afiliación de la accionante y el agenciado a una EPS del régimen subsidiado.

4. Decisión judicial objeto de revisión

5. Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Sirly Gómez Ortiz. [1]
- Copia de la tarjeta de identidad del menor Juan Andrés Gómez Ortiz. [2]
- Copia de solicitud de visita presentada ante la Alcaldía Mayor de Bogotá por la señora Sirly Gómez Ortiz. [3]
- Reporte de clasificación del Sisbén en el que se indica que la señora Sirly Gómez Ortiz y el menor Juan Andrés Gómez Ortiz están clasificados en el nivel 1.[4]
- Copia de la historia clínica del menor Juan Andrés Gómez Ortiz expedida por la Fundación Hospital de La Misericordia en la que se confirma el diagnóstico “Leucemia Mieloide Aguda”. [5]

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico.

A partir de los antecedentes referidos, la Sala Quinta de Revisión observa que en el presente asunto se solicita la afiliación de la peticionaria y su hijo al régimen subsidiado y la exoneración de pagos moderadores para el tratamiento médico de una enfermedad catastrófica denominada “Leucemia Mieloide Aguda”.

Con fundamento en lo anterior, procede esta Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Una entidad territorial desconoce los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un niño que padece una enfermedad catastrófica y su progenitora sin recursos económicos cuando se niega a afiliarlos al régimen subsidiado, manteniéndolos bajo la figura de “participantes vinculados” durante más de tres años, sin tener en cuenta que a partir de la expedición de la Ley 1438 de 2011 esta figura desapareció?
- ¿Es procedente exonerar del cobro de pagos moderadores a un paciente menor de edad que padece “una enfermedad catastrófica” teniendo en cuenta que su núcleo familiar asegura no tener recursos suficientes para sufragarlos?

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) principio de cubrimiento universal y los deberes de las entidades territoriales en su garantía a partir de la expedición de la Ley 1438 de 2011, en lo concerniente al derecho fundamental a ser afiliado a alguno de los regímenes de salud (ii) fundamentalidad del derecho a la salud; (iii) el derecho fundamental a la salud de las niñas y niños en el orden constitucional colombiano; (iii) el sistema legal de pagos moderadores y las enfermedades ruinosas o catastróficas como excepción al sistema de copagos; y, finalmente (iv) se resolverá el caso concreto.

3. Principio de cubrimiento universal y los deberes de las entidades territoriales en su

garantía a partir de la expedición de la Ley 1438 de 2011, en lo concerniente al derecho fundamental a ser afiliado a alguno de los regímenes de salud

3.1. Breve reseña normativa

La Constitución Política en el artículo 48 establece que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, el artículo 49 Superior preceptúa que “la atención en salud y saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y debe garantizarse a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

En desarrollo de estos parámetros, se implementaron normas encaminadas a garantizar la protección de estos derechos a toda la población colombiana y en ese sentido, se expidió la Ley 100 de 1993, que dio origen al Sistema General de Seguridad Social en Salud en donde se consignaba como uno de sus principios fundacionales, el de la búsqueda de cobertura universal de la población colombiana[6], entendida como “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”.

Sobre lo atinente al asunto de estudio, se debe recordar que la Ley 100 de 1993 contemplaba en el artículo 157[7], dos tipos de regímenes: el contributivo y el subsidiado; y una categoría adicional de usuarios del sistema, a los que se les denominaba “participantes vinculados” [8].

De otra parte, en el inciso 1º del artículo 162 de la citada ley, se hizo referencia por primera vez al tiempo máximo que se estimaba necesario para que el sistema de seguridad social en salud cubriera a todos los ciudadanos. Así las cosas, se estableció que “El Sistema General de Seguridad Social de Salud [crearía] las condiciones de acceso a un plano Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001”.

Posteriormente, con el objeto de ampliar la cobertura a los ciudadanos más pobres, se expidió la Ley 715 de 2001[9], mediante la cual se aumentaron los subsidios con cargo a las entidades territoriales y se les encargó a estas últimas el deber de financiar los aludidos subsidios a partir de sus ingresos corrientes de libre destinación, destinación específica

para salud y los recursos de capital a efectos de garantizar la continuidad y cubrimiento por 5 años más. Luego entró en vigencia la Ley 1122 de 2007[10], que amplió aún más el plazo para la cobertura universal en salud[11] en los niveles I, II y III del Sisbén dando al gobierno otros 3 años.

No obstante lo anterior, ante la identificación de serios defectos estructurales en el sistema de salud, se profirió la Sentencia T-760 de 2008 en la que, entre otros asuntos, se evidenció el incumplimiento del principio de universalidad en las regulaciones sobre la materia, razón por la cual se ordenó al entonces Ministerio de la Protección Social la adopción de algunas medidas encaminadas a asegurar la cobertura universal del sistema en el lapso fijado por la Ley 1122 de 2007.

3.2. Implicaciones en materia de afiliaciones al régimen subsidiado de los “participantes vinculados” a partir de la Ley 1438 de 2011

De acuerdo con lo consignado en el artículo 3º de la Ley 1438 de 2011[15], se reitera que la universalidad es uno de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el cual se busca el cubrimiento de “todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida”.

Así mismo, en el artículo 32 se hace énfasis en la universalización del aseguramiento, y se establece el procedimiento a seguir por las entidades territoriales en aquellos eventos en los que una persona, no afiliada a ninguno de los regímenes, accede al sistema:

“(…)

Cuando una persona requiera atención en salud y no esté afiliado, se procederá de la siguiente forma:

32.1 Si tiene capacidad de pago cancelará el servicio y se le establecerá contacto con la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo de su preferencia.

32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días

hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud.

Si no tuviera documento de identidad, se tomará el registro dactilar y los datos de identificación, siguiendo el procedimiento establecido por el Ministerio de la Protección Social en coordinación con la Registraduría Nacional del Estado Civil para el trámite de la afiliación”.

La introducción del artículo 32 implicó no solo la desaparición de la figura de “participantes vinculados” del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud.

4. La fundamentalidad del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia

4.1. La Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social[16] y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado[17]. Este Tribunal ha desarrollado paulatinamente el derecho a la salud y a través de la jurisprudencia se ha dedicado a determinar las pautas de su aplicación, alcance y defensa, tal como se explicará a continuación.

En un primer momento, se justificó la procedibilidad de la tutela en virtud de la conexidad con los derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional[18]. Al mismo tiempo, la protección autónoma de la salud se concedía solamente cuando el accionante era menor de edad, en concordancia con lo prescrito en el artículo 44 Superior y, en general, cuando el titular del derecho era un sujeto de especial protección[19].

4.2. Sin embargo, la Corte modificó su jurisprudencia al postular que el derecho a la salud, por su relación y conexión directa con la dignidad humana, es un instrumento para la materialización del Estado Social de Derecho y, por tanto, ostenta la categoría de fundamental. Dicha posición fue adoptada a partir de la Sentencia T-859 de 2003[20], en la cual esta Corporación consideró:

“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.

La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”.

Adicionalmente este Tribunal ha precisado que la protección mediante la acción de tutela no se debe limitar, “argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera”[21].

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que si se cumplen los requisitos establecidos en la regulación legal y reglamentaria que determinan las prestaciones obligatorias en salud, así como los criterios de acceso al sistema, todas las personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su

derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación[22].

4.3. De esta forma, la Corte reconoce que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, posición reiterada expresamente en la Sentencia T-760 de 2008, en los siguientes términos:

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que ‘todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’,[23] y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos.[24] Observa el Comité que el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar ‘toda una gama de facilidades, bienes y servicios’ que aseguren el más alto nivel posible de salud.[25]”

4.4. Además, es preciso referir que recientemente en Sentencia C-313 de 2014, esta Corporación, al analizar el proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013 (Senado) y 267 de 2013 (Cámara) en sede de control abstracto de constitucionalidad, reiteró la fundamentalidad del derecho a la salud consagrada por el legislador en dicha norma.

4.5. Cabe señalar que para esta Corporación la salvaguarda del derecho fundamental a la salud se debe conceder conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema general de seguridad social, expresamente consagrados en el artículo 49 Superior. Además, ha indicado que la garantía de acceso a los servicios de salud está estrechamente relacionada con algunos de los principios de la seguridad social, específicamente la integralidad y la continuidad. En la Sentencia T-760 de 2008 se consideró:

“Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud,

como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.[26] Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.

(...)De forma similar, los servicios de salud que se presten a las personas deben ser de calidad. Para las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, respetar ese derecho, supone, por ejemplo, que a la persona no se le debe entregar un medicamento u otro tipo de servicio médico de mala calidad, que desmejore la salud de la persona.[27]

Si bien los conceptos de oportunidad, eficiencia y calidad de los servicios de salud comprenden muchos aspectos, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado frecuentemente de problemas recurrentes a los cuales ha respondido aludiendo al principio de integralidad y al principio de continuidad, entre otros.”

4.6. Al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de integralidad[28] debe ser entendido como la obligación que tienen las EPS de otorgar los servicios, procedimientos, tratamientos, medicamentos y seguimiento necesarios para mejorar el estado de salud de los usuarios del sistema, respetando los límites que regulan las prestaciones de salud[29].

En efecto, este principio no implica que el paciente pueda solicitar que se le presten todos los servicios de salud que desee. Quien tiene la capacidad de definir cuáles procedimientos o medicamentos son requeridos por el usuario es el médico tratante adscrito a la EPS. Tampoco se da por cumplido con la aplicación de un tratamiento médico meramente paliativo, sino con la suma de todos los servicios requeridos para que el diagnóstico evolucione favorablemente.

Así las cosas, colige la Corte que el principio de integralidad funge como complemento a la normatividad vigente para que la persona reciba una atención de calidad y completa, confinada a mejorar su condición y su estado de salud[30]. Los afiliados tienen derecho a que la prestación del servicio sea óptima, en el sentido de que los actores del sistema cumplan con la finalidad primordial de éste, es decir, brindar una atención oportuna,

eficiente y de calidad, en suma “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”[31].

4.7. Como consecuencia de lo expuesto, la Sala concluye que la fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Ello implica que el servicio sea prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad.

5. El derecho fundamental a la salud de las niñas y niños en el orden constitucional colombiano

5.1. El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Esta decisión del constituyente se fundamentó en las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos durante esa etapa de la vida y en la obligación del Estado de “promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”[32].

Ahora bien, la protección especial de los niños y las niñas en materia de salud, también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991[33].

5.2. En virtud de estas normas, la Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad[34]. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses[35].

Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía[36], incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria[37].

5.4. En síntesis, los infantes requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 superior[38], en concordancia con los principios legales de protección integral[39] e interés superior de los niños y niñas[40].

6. El sistema de pagos moderadores[41] y las enfermedades catastróficas o de alto costo como excepción [42]

6.1. El Régimen General de Seguridad Social en Salud regulado en la Ley 100 de 1993 contempló la existencia de pagos moderadores para el sostenimiento y racionalización en el uso del Sistema de Salud (fundamentado en el principio de solidaridad), aclarando que los mismos no pueden convertirse en barreras de acceso al servicio bajo ninguna circunstancia[43]. El contenido del artículo que los consagra es el siguiente:

“ARTICULO. 187.-De los pagos moderadores[44]. 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[45], 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.

PARAGRAFO.-Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico 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.”

6.2. Como desarrollo de este mandato legal, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el Acuerdo 260 de 2004, en donde se estableció, (i) las clases de pagos moderadores[46], (ii) la manera cómo estos se fijan, (iii) el objeto de su recaudo y (iv) las excepciones a su pago.

6.3. En el caso específico de los copagos, el Acuerdo 260 de 2004 señala la siguiente lista de servicios excluidos:

“Artículo 7º. Servicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a 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.
6. Los servicios enunciados en el artículo precedente”.

(subrayado fuera del original)

6.4. Las enfermedades catastróficas o de alto costo constituyen una excepción a la aplicación del sistema de copagos. No obstante, esta Sala de Revisión observa que su definición y alcance no es un asunto completamente resuelto dentro de la normatividad

nacional, en la medida en que si bien existe reglamentación que hace referencia a algunas de estas enfermedades, dicha enumeración no puede considerarse taxativa y cerrada en atención a que su clasificación se encuentra supeditada a la vocación de actualización impresa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

6.5. Así lo contempla la Ley 1438 de 2011, que prescribe como deberes del Gobierno Nacional el hecho de garantizar, de una parte, (i) la actualización del POS, “una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios”; y, de otra, (ii) la evaluación integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud cada cuatro (4) años, con base en indicadores como “la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo”, con el objeto de complementarlas.[47]

6.6. Han sido varias las entidades que históricamente se han encargado de identificar cuáles enfermedades se pueden considerar como catastróficas. En un principio la competencia para definir las enfermedades ruinosas o de alto costo le fue otorgada al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, luego a la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, y por último la competencia fue trasladada al Ministerio de Salud y Protección Social en cabeza de la Dirección de regulación de beneficios, costos y tarifas del aseguramiento en salud[48], quien actualmente considera como enfermedades de alto costo las definidas mediante Resolución 2565 de 2007[49] y las previstas en la Resolución 3974 de 2009[50]. Así lo dispuso el Ministerio de Salud mediante concepto núm. 124526 del 15 de junio de 2012, en el que de forma expresa concluyó: “En este orden de ideas y en desarrollo de lo previsto en el artículo 1 del Decreto 2699 de 2007, se tiene que estando definidas las enfermedades descritas en el artículo 1 de la Resolución 3974 de 2009 como de alto costo, éstas en cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004, también estarán sujetas a la exoneración del cobro de copagos”. Concepto que tiene los efectos determinados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

6.7. De acuerdo con lo previsto en la Resolución 3974 de 2009, se consideran como enfermedades de alto costo las siguientes:

“Artículo 1°. Enfermedades de Alto Costo. Para los efectos del artículo 1° del Decreto 2699

de 2007, sin perjuicio de lo establecido en la Resolución 2565 de 2007, téngase como enfermedades de alto costo, las siguientes:

- a) Cáncer de cérvix
- b) Cáncer de mama
- c) Cáncer de estómago
- d) Cáncer de colon y recto
- e) Cáncer de próstata
- f) Leucemia linfoide aguda
- g) Leucemia mieloide aguda
- h) Linfoma hodgkin
- i) Linfoma no hodgkin
- j) Epilepsia
- k) Artritis reumatoidea
- l) Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)".

(subrayado fuera del original)

6.8. Lo anterior se complementa con el actual plan de servicios POS (tanto para el régimen contributivo como subsidiado), contenido en el Acuerdo 029 de 2011[51] y la Resolución 5521 de 2013[52], que aunque no incluyen una definición o un criterio unívoco para establecer las enfermedades de alto costo, sí presentan un listado taxativo referente a los procedimientos considerados como tales. Así lo contempla esta última resolución en el Título VI, artículo 126, que prácticamente reproduce el contenido del artículo 45 del Acuerdo 029 de 2011:

“ARTÍCULO 126. ALTO COSTO. Sin implicar modificaciones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, entiéndase para efectos del cobro de copago los siguientes eventos y servicios como de alto costo.

A. ALTO COSTO RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

2. Diálisis peritoneal y hemodiálisis.
3. Manejo quirúrgico para enfermedades del corazón.
4. Manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central.
5. Reemplazos articulares.
6. Manejo médico quirúrgico del paciente gran quemado.
7. Manejo del trauma mayor.
8. Diagnóstico y manejo del paciente infectado por VIH.
9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer.
10. Manejo de pacientes en Unidad de Cuidados Intensivos.
11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas.

B. ALTO COSTO RÉGIMEN SUBSIDIADO:

1. Trasplante renal, corazón, hígado, médula ósea y córnea.
2. Manejo quirúrgico de enfermedades cardíacas, de aorta torácica y abdominal, vena cava, vasos pulmonares y renales, incluyendo las tecnologías en salud de cardiología y hemodinamia para diagnóstico, control y tratamiento, así como la atención hospitalaria de los casos de infarto agudo de miocardio.
3. Manejo quirúrgico para afecciones del sistema nervioso central, incluyendo las operaciones plásticas en cráneo necesarias para estos casos, así como las tecnologías en salud de medicina física y rehabilitación que se requieran, asimismo, los casos de trauma

que afectan la columna vertebral y/o el canal raquídeo siempre que involucren daño o probable daño de médula y que requiera atención quirúrgica, bien sea por neurocirugía o por ortopedia y traumatología.

4. Corrección quirúrgica de la hernia de núcleo pulposo incluyendo las tecnologías en salud de medicina física y rehabilitación que se requieran.

5. Atención de insuficiencia renal aguda o crónica, con tecnologías en salud para su atención y/o las complicaciones inherentes a la misma en el ámbito ambulatorio y hospitalario.

6. Atención integral del gran quemado. Incluye las intervenciones de cirugía plástica reconstructiva o funcional para el tratamiento de las secuelas, la internación, fisioterapia y terapia física.

7. Pacientes infectados por VIH/SIDA.

8. Pacientes con cáncer.

9. Reemplazos articulares.

10. Internación en Unidad de Cuidados Intensivos.

11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas.

12. Manejo del trauma mayor.

6.9. Ahora bien, jurisprudencialmente se ha establecido que además de la exoneración explícita prevista tanto en la Ley 100 de 1993 como en el Decreto 260 de 2004 referente a las enfermedades catastróficas, hay lugar a la exención de dicho pago cuando se comprueba que el usuario del servicio de salud o su familia no cuentan con recursos económicos suficientes para asumir las cuotas moderadoras, copagos o cuotas de recuperación según el régimen al que se encuentre afiliado.

Así las cosas, aunque se indica que las “cuotas moderadoras” son establecidas para: (i) “regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso”; (ii) promover “en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS”[53];

y (iii) contribuir en el pago de una “parte del valor del servicio demandado”, con el fin de mejorar el servicio y conseguir la financiación del sistema[54]; ello no significa que dicha situación se sobreponga a la garantía de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de las personas, toda vez que, en virtud del concepto de cargas soportables[55], la Corte ha determinado que en aquellos eventos en los que el costo de la prestación del servicio de salud, afecte los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado, es posible prescindir de la obligación de aportar dichos pagos en la medida en que resultan desproporcionados e incompatibles con los lineamientos del principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud[56].

6.10. Sobre el particular esta Corporación ha establecido que existen dos escenarios en los cuales se describe cuando se inaplica el sistema de pagos moderadores ante la insuficiencia económica del paciente o de su núcleo familiar:

“(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”[57].

6.11. De otra parte, se ha indicado que para establecer si el cobro de los pagos moderadores realmente compromete el mínimo vital y con ello el derecho a la salud de una persona, es necesario tener en cuenta unas reglas jurisprudenciales en materia de valoración probatoria, que deben ser aplicadas en los casos en los que los peticionarios aleguen la imposibilidad económica de asumir los copagos exigidos durante la prestación de un servicio de salud. Las reglas establecidas son las siguientes:

“(i) Sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos

económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad; (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”[58].

6.12. Conforme a los argumentos expuestos se puede concluir lo siguiente:

(i). Conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de “alto costo” adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado.

(ii). Aunque se acoge la lista de enfermedades de “alto costo” dispuesta en la Resolución 3974 de 2009[59] (para efectos de demostrar qué enfermedades ya han sido clasificadas como tal en razón a su complejidad en el tratamiento y manejo), ello no significa que esta lista pueda ser considerada como un catálogo estático e inmodificable, en la medida en que el mismo está sujeto a actualización conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico.

(iii). Por último, se ha establecido jurisprudencialmente que en aquellos eventos en los que

se corrobore que un usuario del servicio de salud y su familia no cuentan con los recursos económicos suficientes para asumir el costo de los copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación (según el régimen al que pertenezca) es posible su exención en la cancelación, siempre y cuando se compruebe que al asumir dicho costo, se afecta el mínimo vital del paciente y su núcleo familiar.

7. Caso Concreto

7.1. Generalidades

La controversia planteada en el presente caso, surge por la negativa del Distrito de Bogotá en cabeza de las Secretarías de Salud y Planeación de afiliar a la señora Sirly Gómez Ortiz y su hijo Juan Andrés Gómez Ortiz al régimen subsidiado de salud, y de la negativa de estas mismas entidades y la Fundación Hospital de la Misericordia, de exonerarla de la cancelación de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación durante el tratamiento de la enfermedad de su hijo denominada “leucemia mieloide Aguda”.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá, la Secretaría Distrital de Planeación de la misma ciudad y el Hospital Fundación de la Misericordia, están vulnerando con sus actuaciones los derechos fundamentales a la vida digna y salud de la peticionaria y su hijo.

Para abordar el presente asunto la Sala referirá en primer lugar lo atinente a la afiliación de la señora Sirly Gómez Ortiz y su hijo Juan Andrés Gómez Ortiz al régimen subsidiado de salud. Enseguida abordará lo referente a la enfermedad padecida por el menor para determinar si se adecúa o no a los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la exoneración de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación; y, finalmente, se referirá a las medidas concretas del caso.

7.2. En el presente asunto, en principio, el Distrito omitió dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011; no obstante lo anterior, esta situación se subsanó al haberse realizado la encuesta y afiliación de la peticionaria y su hijo al régimen subsidiado.

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá en su intervención manifestó que la señora Sirly Gómez Ortiz y su hijo Juan Andrés Gómez Ortiz estaban accediendo como “participantes

vinculados” de manera “temporal”, a la red de Salud del Distrito de acuerdo con lo consignado en el Decreto 806 de 1998, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, debido a que no se había realizado la encuesta por parte de la Secretaría Planeación.

Así mismo, indicó que era obligatoria la cancelación de las cuotas de recuperación del sistema, de acuerdo a lo previsto en el Decreto 2357 de 1995.

Ante estas afirmaciones, el juez de instancia vinculó a la Secretaría de Planeación, quien mediante escrito allegado al proceso de tutela informó que una vez tuvo conocimiento del caso, efectuó la correspondiente encuesta y remitió la información al DNP y a la Secretaría Distrital de Salud, con el objeto de recalificar a la señora Sirly Gómez Ortiz y a su hijo Juan Andrés Gómez Ortiz en el nivel 1 del Sisbén e incluirlos dentro del régimen subsidiado de salud.

Esta información es corroborada por la Sala en el reporte de clasificación aportado por la Secretaría de Planeación Distrital obrante a folio 44 del cuaderno de instancia, en el que efectivamente se constata que el núcleo familiar compuesto por la peticionaria y su hijo, fueron inscritos en el nivel 1.

Así las cosas, aunque el Distrito en principio haya aplicado erróneamente la extinta figura de los “participantes vinculados”[60] y haya omitido dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011[61], prolongando en el tiempo la afiliación de la peticionaria y su hijo al régimen subsidiado de salud, dicha situación ya se encuentra superada y en consecuencia aunque constituye un hecho grave, deja de ser relevante en este momento en materia de protección.

Ahora bien, una vez superado este primer problema jurídico, la Sala procederá a verificar la segunda parte, atinente a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras solicitada por la peticionaria.

7.3. Con el cobro de copagos y cuotas moderadoras se vulnera el derecho fundamental de acceso a la salud del menor Juan Andrés Gómez Ortiz.

De acuerdo a la historia clínica aportada al expediente, se corrobora que el menor Juan

Andrés Gómez Ortiz padece “Leucemia Mieloide Aguda”, enfermedad calificada como catastrófica[62] e incluida dentro las descritas en el artículo 1º de la Resolución 3974 de 2009 como de alto costo.

Se concluye entonces que en este caso el amparo invocado por la señora Sirly Gómez Ortiz en representación de su hijo Juan Andrés Gómez Ortiz contra la Secretaría Distrital de Salud, el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá y el Hospital Fundación de La Misericordia respecto a la exoneración de la cancelación de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación, resulta procedente.

Lo anterior de acuerdo a lo contemplado en la normatividad legal vigente, que clasifica a la enfermedad denominada “leucemia Mieloide aguda” como catastrófica o de alto costo, por lo que en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 260 de 2004, debe exonerarse de todo copago, cuota moderadora o cuota de recuperación que pueda requerirse por la prestación de los servicios médicos durante el tratamiento integral.

Si bien la anterior consideración resulta suficiente para conceder el amparo y ordenar la exoneración solicitada, esta Sala de Revisión considera pertinente abordar lo referente a la situación económica de la accionante, y a la firma de unos pagarés expedidos por la Fundación Hospital de la Misericordia de los cuales tuvo conocimiento durante el trámite de la tutela en sede de Revisión:

Mediante oficio allegado el 25 de agosto de 2014 a la Corte Constitucional, la señora Sirly Gómez Ortiz informó al Despacho que el Hospital Fundación de la Misericordia la obligó a firmar un compromiso de pago por un millón ochocientos cuarenta y ocho mil pesos \$1.848.000 por los servicios prestados durante el proceso de diagnóstico de la enfermedad de Juan Andrés, so pena de negar la salida de su hijo y ser reportada negativamente en data crédito.

Lapso en el que, por negligencia del Distrito, no habían sido encuestados y afiliados a una EPS del régimen subsidiado, pese a cumplir con las características para aplicar al nivel 1 como finalmente se corroboró con el estudio por parte de la Secretaría de Planeación.

Al oficio referido adjuntó la copia del pagaré con la obligación número 12470, el compromiso de pago, la carta de instrucciones, las facturas de los servicios prestados y un

documento denominado “comunicación previa al reporte de información negativa” con el siguiente contenido:

“Por medio del siguiente documento le informamos que actualmente su obligación se encuentra en mora, motivo por el cual la información relativa al cumplimiento será enviada a las Centrales de Información Crediticia.

Si tiene alguna inconformidad con esta información por favor comuníquese con nosotros lo más pronto posible.

Si usted realizó el pago por consignación por favor comunicarse de inmediato para evitar sanciones de incumplimiento y ser reportado ante las entidades de riesgo

. No. Obligación: 1240

. Valor total: \$ 1. 849.000

. Valor cuota en mora: \$ 1.849.000

.Tiempo de incumplimiento: 30”

Al respecto, la Sala debe reiterar que en casos como este, no hay lugar a ninguna clase de recobro, máxime cuando se trata de una persona sin ingresos, nivel 1 del Sisbén, que no había sido vinculada al régimen subsidiado por inoperancia y negligencia del Distrito.

7.4. Órdenes a impartir

Por los motivos antes expuestos, la Sala Procederá a revocar la sentencia de instancia, por medio de la cual se negó la protección de los derechos a la vida digna y la salud invocados por la peticionaria en representación de su hijo, para en su lugar ordenar a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y a la Fundación Hospital de la Misericordia, que dispongan todos los trámites administrativos necesarios para que de manera inmediata dejen sin efectos la obligación número 12470, así como todas aquellas obligaciones económicas que se hayan causado por concepto de copago, cuota moderadora o cuota de recuperación, durante el tratamiento médico del menor Juan Andrés Gómez Ortiz, teniendo en cuenta que la peticionaria es una persona sin capacidad económica, nivel 1 del Sisbén y su hijo padece

una enfermedad catastrófica exenta totalmente de este tipo de pagos.

Así mismo, se ordenará a estas entidades que dispongan todo lo necesario para que en adelante se abstengan de cobrar copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación que puedan causarse por los servicios de salud que requiera el menor durante el tratamiento.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la Sentencia proferida el 5 de marzo de 2014 por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá que negó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela instaurada por Sirly Gómez Ortiz en representación de su hijo Juan Andrés Gómez Ortiz. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud.

Segundo.- ORDENAR a la Secretaría de Salud del Distrito y al Director(a) o representante legal de la Fundación Hospital de la Misericordia, o a quien haga sus veces, que dentro de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, dispongan todos los trámites administrativos necesarios para que de manera inmediata dejen sin efectos la obligación número 12470 así como todas aquellas que se hayan causado por concepto de copago, cuota moderadora o cuota de recuperación, o cualquier otro concepto de pago, durante el tratamiento médico del menor Juan Andrés Gómez Ortiz.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaría de Salud del Distrito y al Director(a) o representante legal de la Fundación Hospital de la Misericordia, o a quien haga sus veces, que en adelante se abstenga de realizar cobros, por concepto de copagos o cuotas moderadoras por la prestación de los servicios en salud que tenga que brindar al menor Juan Andrés Gómez Ortiz para el tratamiento integral de la enfermedad denominada "leucemia mieloide aguda" que padece.

Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto

2591 de 1991.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA

Secretaria General (E)

[1] Folio 18 del cuaderno de instancia.

[2] Folio 19 del cuaderno de instancia.

[3] Folio 20 del cuaderno de instancia.

[4] Folio 44 del cuaderno de instancia.

[5] Folios 13 a 17 del cuaderno de instancias.

[6] Como se evidencia en lo dispuesto en su artículo 2º: “[e]l servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación

[7] El artículo 157 de la Ley 100 de 1993, establece dos tipos de afiliaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud: “1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana...”

Agregó que: “A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado...”

[8] Que son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

[9] “Artículo 48. Financiación a la población pobre mediante subsidios a la demanda. Los recursos del Sistema General de Participaciones destinados para la financiación de la población pobre mediante subsidios a la demanda, serán los asignados con ese propósito en la vigencia inmediatamente anterior, incrementados en la inflación causada y en el crecimiento real de los recursos del Sistema General de Participaciones para Salud.// Los recursos que forman parte del Sistema General de Participaciones de las Entidades Territoriales asignados a este componente, serán distribuidos entre distritos, municipios y corregimientos departamentales. //Estos recursos se dividirán por el total de la población pobre atendida en el país mediante subsidios a la demanda, en la vigencia anterior. El valor per cápita resultante se multiplicará por la población pobre atendida mediante subsidios a la demanda en la vigencia anterior, en cada ente territorial. La población atendida para los efectos del presente cálculo, será la del año anterior a aquel para el cual se realiza la distribución. //El resultado será la cuantía que corresponderá a cada distrito, municipio o corregimiento departamental. // Los recursos producto del crecimiento adicional a la inflación del Sistema General de Participaciones en Salud, serán destinados a financiar la nueva afiliación de la población por atender urbana y rural al Régimen Subsidiado, aplicando el criterio de equidad, entendido como un indicador que pondera el déficit de cobertura de la entidad territorial y su proporción de población por atender a nivel nacional, siempre que los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda mantengan por lo menos el mismo monto de la vigencia anterior, incrementado en la inflación.”

[10] Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

[11] Artículo 9º: “El Sistema General de Seguridad Social en Salud alcanzará en los próximos tres años, la cobertura universal de aseguramiento en los niveles I, II y III del Sisbén de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema.”

[12] “Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones”.

[13] Artículo 32: “UNIVERSALIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional desarrollará mecanismos para garantizar la afiliación (...)”.

[14] Cfr. Ley 1438 de 2011, artículo 30.

[15] Artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. Principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

[16] Constitución Política, artículo 48.

[18] Sentencias T-200 de 2007, T-654 de 2010, entre otras.

[19] Al respecto, es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007 donde esta Corporación señala: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a... que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros).”

[20] Esta decisión ha sido reiterada en las sentencias T-060 de 2007, T-148 de 2007, T-760 de 2008, T-815 de 2012, T-931 de 2012, T-320 de 2013, T-468 de 2013, T-570 de 2013, T-022 de 2014, T-141 de 2014, T-154 de 2014, T-201 de 2014, entre otras.

[21] Sentencias T-201 de 2009, T-654 de 2010, entre otras.

[22] Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

[23] El PIDESC, artículo 12, contempla “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

[24] Observación General N° 14 (2000) “El derecho del más alto nivel posible de salud” (2).

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

[26] Corte Constitucional, Sentencia T-085 de 2007, en este caso se decidió que “(...) la prestación del servicio de salud a los usuarios del SGSSS debe ser oportuna y eficiente, pues ello garantiza que las condiciones de salud del paciente tiendan -como es su esencia- hacia la recuperación o control de la enfermedad que lo aqueja y no hacia una mayor perturbación funcional de su organismo que pueda afectar su derecho a la vida en condiciones dignas.”

[27] En la sentencia T-597 de 1993, por ejemplo, la Corte tuteló el derecho a la salud de un niño al que se le habían generado afecciones de salud, producto de un servicio médico mal practicado, y la posterior omisión para enmendar el yerro.

[28] Este principio tiene origen legal, debido a que el artículo 2° de la ley 100 de 1993, indica que el servicio público esencial de seguridad social debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Específicamente, en el literal d) se dispuso: “INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley.”

[29] Al respecto, esta corporación en sentencia T-760 de 2008 manifestó: “El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado

la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales[29] 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.

Al respecto ha dicho la Corte que '(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente[29] o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud'."

[30] Sentencia T-073 de 2012: "En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: '(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología'. De igual modo, se dice que la prestación del servicio en salud debe ser:

-Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que permita que se brinde el tratamiento adecuado.

-Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.

-De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuya, a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes.”

[31] Observación General núm. 14 (2000) ‘El derecho del más alto nivel posible de salud’.

[32] Artículo 13 Constitucional.

[33] Sentencia T-037 de 2006: Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, entre otros.

[34] Sentencia C-507 de 2004.

[35] Sentencias C-041 de 1994 y T-391 de 2009.

[36] Sentencias T-170 y 663 de 2010.

[37] Sentencias T-964 de 2007 y T-170 de 2010.

[38] Constitución Política, artículo 50: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

[39] Ley 1098 de 2006, art. 7.

[40] *Ibíd*em, art. 8.

[41] Confróntese con la Sentencia T-073 de 2013 proferida por esta Sala de Revisión.

[42] Confróntese con la Sentencia T-894 de 2013 proferida por esta Sala de Revisión.

[43] Sobre el particular en la Sentencia C-542 de 1998 se advirtió: “(...) de la misma manera como esta Corporación lo hizo en la Sentencia C-089 de 1.998, ya aludida, la exequibilidad del cobro de las cuotas moderadoras tendrá que sujetarse a la condición de que con éste nunca se impida a las personas el acceso a los servicios de salud; de tal forma que, si el usuario del servicio -afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, “ el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes.”

[44] Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-542 de 1998.

[45] Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-542 de 1998.

[46] “Artículo 3º. Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. Las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.// Parágrafo. De conformidad con el numeral tercero del artículo 160 de la Ley 100 de 1993, es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes”.

[47] Corte Constitucional, Sentencia T-894 de 4 2013.

[48] Decreto 2562 de 2012.

[49] Que declaró la enfermedad renal crónica como de alto costo, y fijó las actividades de protección específica, detección temprana y atención de la misma.

[50] “Por la cual se adoptan unas determinaciones en relación con la Cuenta de Alto Costo.” Diario Oficial núm. 47.516 del 28 de octubre de 2009.

[51] “Por medio del cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”. “Artículo 45. Alto costo. Para efectos de las cuotas moderadoras y copagos, los

eventos y servicios de alto costo incluidos en el Plan Obligatorio de Salud corresponden a:

1. Trasplante renal, de corazón, de hígado, de médula ósea y de córnea.//2. Diálisis peritoneal y hemodiálisis.// 3. Manejo quirúrgico para enfermedades del corazón.//4. Manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central.//5. Reemplazos articulares.// 6. Manejo médico-quirúrgico del Gran Quemado.// 7. Manejo del trauma mayor.//8. Diagnóstico y manejo del paciente infectado por VIH.// 9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer. // 10. Manejo de pacientes en Unidad de Cuidados Intensivos. // 11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas.

[52] “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”.

[53] Acuerdo 260 de 2004, artículo 1.

[54] Acuerdo 260 de 2004, artículo 2.

[55] Sobre el concepto de carga soportable, se puede consultar, entre otras, la Sentencia T-400 de 2009. En esta ocasión, a raíz de la solicitud de reliquidación de una pensión la Corte señaló que, al “existir diferentes mínimos vitales, es una consecuencia lógica que hayan distintas cargas soportables para cada persona. Para determinar esto, es necesario indicar que entre mayor sea el ingreso de una persona, mayor es la carga que puede soportar y, por ende, la capacidad de sobrellevar con mayor ahínco una variación en el caudal pecuniario que reciba”.

[57] Sentencias T-330 de 2006, T-563 de 2010, T-725 de 2010 y T-815 de 2012.

[58] Ver sentencias T-113 de 2002, T-829 de 2004, T-306 de 2005, T-022 de 2011 y T-648 de 2011, entre otras.

[59] Emitidas en su momento por el Ministerio de Salud.

[60] Como se indicó en fundamento 3 de la presente providencia, con la introducción de la Ley 1438 de 2011 no sólo desapareció la figura de los “eternos participantes vinculados” a la red de servicios de las entidades territoriales, sino que además se les encargó a estas últimas el deber de garantizar a la población de escasos recursos no asegurada, un verdadero acceso al régimen subsidiado, precisamente, mediante el artículo 32 que plantea

un proceso ágil y eficiente de cara a los principios fundacionales del sistema de Seguridad Social.

[61] El contenido de este artículo es el siguiente: “Cuando una persona requiera atención en salud y no esté afiliado, se procederá de la siguiente forma: // 32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud. // Si no tuviera documento de identidad, se tomará el registro dactilar y los datos de identificación, siguiendo el procedimiento establecido por el Ministerio de la Protección Social en coordinación con la Registraduría Nacional del Estado Civil para el trámite de la afiliación”.

[62] Folios 51 a 54 del cuaderno de instancias.