

Sentencia T-669/10

AGENCIA OFICIOSA-Requisitos/AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Padre en representación de su hijo

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el accionante cumple con los requisitos legales para que se le reconozca como agente oficioso de su hijo, ante la imposibilidad de su hijo para promover su propia defensa. De otro lado, la Sala considera que las pruebas obrantes en el expediente demuestran la imposibilidad del titular del derecho presuntamente vulnerado de obrar por sí mismo ya que padece de “retardo mental grave, con una pérdida de capacidad laboral del 52.20%”. Precisamente, a causa de su enfermedad, ha sido su padre quien ha llevado a cabo todos los trámites ante la Nueva E.P.S., tanto de su afiliación como beneficiario, su atención médica, su petición para ser exonerado del pago de cuotas moderadoras y copagos y su interés constante para que le sea procurado el tratamiento integral que requiere, lo que significa que tal entidad ha reconocido el impedimento del hijo para realizar tales procedimientos y hacerse cargo de sí mismo. Se hace evidente entonces, la configuración de la agencia oficiosa en el caso que se revisa.

DERECHO A LA SALUD DEL DISCAPACITADO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DEL DISCAPACITADO-Características

Establecida la procedencia de la acción de tutela para reclamar el derecho a la salud, la Sala estima pertinente citar algunas características de ese derecho fundamental en las personas en situación de discapacidad; entre esas características se pueden señalar: (i) la continuidad en la prestación de servicios de salud, (ii) la integralidad de la atención y, (iii) el trato especializado y diferencial que requieren las personas con algún tipo de limitación. En el caso particular, la Sala constata una situación real de discapacidad del hijo del accionante, quien según las pruebas incorporadas al expediente, sufre de retardo mental grave, con pérdida de capacidad laboral del 52.20%; también aparece demostrado que en razón de su enfermedad, requiere “seguir un plan rutinario de actividades de control” que le está siendo negado por la Nueva E.P.S., al considerar que el accionante debe efectuar el pago de cuotas moderadoras y copagos en virtud de la normatividad vigente sobre la solidaridad al sistema de seguridad social en salud de los beneficiarios en el régimen contributivo. Por estos motivos, la Sala encuentra que en este caso, se cumplen con los requisitos jurisprudenciales para que

proceda la acción de tutela y recuerda que el derecho a la salud revierte especial importancia para los sujetos en situación de discapacidad porque la afectación a su salud es más difícil de superar cuando ésta se suma con sus limitaciones físicas o sensoriales.

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reiteración de jurisprudencia

En materia de copagos y cuotas moderadoras, es indispensable atender a la capacidad económica de los afiliados y al tipo de tratamiento, medicamento o procedimiento sobre el cual se pretende aplicar el pago moderador, puesto que, en ocasiones, además de estar de por medio el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, también puede afectarse el mínimo vital del afiliado o de su familia, toda vez que, aún cuando el servicio sea prestado, exigir con posterioridad la cancelación de un copago cuando éste supera el nivel de ingresos del usuario, trae como consecuencia un detrimento grave del patrimonio económico de quien está obligado a pagar.

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales

Dada su importancia, esta Corporación se ha pronunciado sobre la carga probatoria de la incapacidad económica concluyendo que corresponde al accionante poner en conocimiento del juez de tutela su escasez de recursos y si es posible ofrecer pruebas de ello. Sin embargo, una vez el actor comunica su falta de recursos, aunque sea de forma indefinida, la carga probatoria se invierte, correspondiendo a la entidad accionada probar que quien instaura la acción cuenta con la capacidad económica suficiente, bien sea para costear los servicios médicos que necesita o para acudir al mecanismo de defensa ordinario, sin que se vea afectado su mínimo vital. Igualmente, el juez de tutela tiene como obligación realizar las pesquisas que considere pertinentes y conducentes en el sentido de establecer si lo manifestado por las partes está ajustado a la realidad. Aunque la regla general es que el actor debe demostrar su incapacidad económica, si éste llega a manifestar tal condición, se invierte la carga probatoria, correspondiendo a la entidad demandada demostrar lo contrario. En estos casos no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos y se presume la buena fe del solicitante. Coincide la Sala con estas apreciaciones sobre la incapacidad económica del accionante y agrega que es probable que con el pago de las cuotas moderadoras y copagos se vean afectados en su mínimo vital, el accionante y su hijo, debido a la manifestación hecha por el accionante, según la cual, el único ingreso económico

que recibe, es su mesada pensional. Por todo lo anterior, concluye la Sala que en la presente acción de tutela se vulneraron los derechos fundamentales a una vida en condiciones dignas, a la salud, a la integridad personal y a la seguridad social de un sujeto de especial protección y por tanto, procede la acción de tutela por encontrarse probado los requisitos exigidos por la jurisprudencia para otorgar los derechos solicitados

Referencia: expediente T-2.598.319

Acción de Tutela instaurada por Félix Cantillo Manotas como agente oficioso del señor Félix Rafael Cantillo Mendoza contra la Nueva E.P.S

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010).

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

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el 03 de febrero de 2010, por el Juzgado Primero Penal del Circuito Para Adolescentes, con Función de Conocimiento de Barranquilla-Atlántico, la cual revocó la Sentencia del 27 de noviembre de 2009 proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal Para Adolescentes con Función de Control de Garantías de la misma ciudad, que concedió la acción de tutela interpuesta por el señor Félix Cantillo Manotas como agente oficioso del Señor Félix Rafael Cantillo Mendoza contra la Nueva E.P.S.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional, con fecha del

veintiséis (26) de marzo de dos mil diez (2010) escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

Félix Cantillo Manotas, actuando como agente oficioso de su hijo, el Señor Félix Rafael Cantillo Mendoza, pide al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a una vida en condiciones dignas, a la salud, a la integridad personal y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la Nueva E.P.S. En consecuencia, solicita ordenar a la entidad accionada que autorice la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos en la atención y tratamiento de su hijo, que tiene un diagnóstico de retardo mental grave, con una pérdida de capacidad laboral del 52.20%.

1. Hechos

1. El agente afirma que es pensionado del Instituto de Seguros Sociales y que su hijo, Félix Rafael Cantillo Mendoza, depende económicamente de él porque tiene una pérdida de capacidad laboral del 52.20%, originada en su retardo mental grave. Añade que su hijo se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo por medio de la Nueva E.P.S como beneficiario suyo.

1. Informa que desde su ingreso al Instituto de Seguros Sociales, su hijo siempre estuvo exonerado del cobro de los copagos y cuotas moderadoras porque requiere un tratamiento permanente debido a su discapacidad; y sobre tal situación, indica tener certificaciones expedidas por el entonces Jefe del Departamento de Atención Ambulatoria del Seguro Social

Seccional Atlántico.

1. Aduce que desde que fueron trasladados a la Nueva E.P.S, le empezaron a cobrar cuotas moderadoras y copagos para el tratamiento de su hijo; no estando de acuerdo con el mencionado cobro, el 23 de julio de 2009 presentó derecho de petición a la Nueva E.P.S, solicitando ser exonerado de los pagos referidos; no obstante, obtuvo respuesta negativa a su escrito petitorio.

1. Señala que pese a que la respuesta fue oportuna la Nueva E.P.S, al expedir un acto administrativo como respuesta negativa a mi petición, no me concede la oportunidad para impetrar los recursos de ley para este caso como son los de reposición y en subsidio apelación, violando el derecho fundamental al Debido proceso. La nueva E.P.S no tiene en cuenta los lineamientos legales y jurisprudenciales que rigen la protección en seguridad social en salud.

1.1.2 Argumentos jurídicos de la tutela

En el escrito de tutela, el agente oficioso del señor Félix Rafael Cantillo Mendoza recuerda que la Constitución, como máxima defensora de los derechos fundamentales, establece en sus artículos 11, 48 y 49 que el derecho a la vida es inviolable y que le corresponde al Estado buscar los medios necesarios para garantizar a sus asociados el derecho irrenunciable a la Seguridad Social y el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Además, explica la procedencia de la acción de tutela, que fue diseñada para corregir los perjuicios que una autoridad puede ocasionar cuando conculcando los derechos fundamentales de una persona, lo lleva a una situación gravosa; teniendo en cuenta, además, que esa protección debe ir dirigida especialmente a los sectores de la población en estado de indefensión e innegable inferioridad, especialmente a los niños, a los adultos mayores y a las personas en situación de discapacidad.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Barranquilla-Atlántico la admitió y ordenó correr traslado a la Nueva E.P.S y comunicar a Félix Cantillo Manotas como agente oficioso del señor Félix Rafael Cantillo Mendoza, la admisión de la tutela.

1. Contestación de la Nueva E.P.S S.A:

Notificado en debida forma de la admisión de la acción de tutela el señor Cristhian Insignares Cera, apoderado judicial de la Nueva E.P.S S.A, respondió a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

1. En primer lugar, manifestó que el retardo mental no es considerado como enfermedad de alto costo y a continuación hizo una relación de la normatividad relacionada con el deber que tienen los afiliados y beneficiarios para ayudar a financiar el sistema general de seguridad social en salud.

Mencionó el artículo 159 (sic)¹ de la ley 100 de 1993 que establece que uno de los deberes de los afiliados y beneficiarios al Sistema General de Seguridad Social es el de facilitar el pago y pagar las cotizaciones y pagos obligatorios², y el artículo 186 (sic)³ referente a los pagos moderadores.⁴

Así mismo, relacionó los artículos 7º, 9º y 10º del Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que establecen, respectivamente, los servicios exentos de copagos⁵, los montos de copagos por afiliados beneficiarios⁶ y los topes máximos de copagos por beneficiario afiliado⁷.

También mencionó el artículo 117 del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud (MAPIPOS) que señala expresamente cuáles son las patologías consideradas catastróficas o de alto costo.⁸

Finalizó su intervención con la solicitud de declarar que la E.P.S no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante en tanto se ha limitado a seguir lo establecido en la Ley 100 de 1993 y en sus Decretos Reglamentarios, así como en las resoluciones administrativas de la Superintendencia y los Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

1. Decisión de Primera instancia

En Sentencia del 27 de noviembre de 2009, el Juzgado Tercero Penal Municipal Para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Barranquilla-Atlántico, resolvió conceder la tutela para la protección de los derechos fundamentales “a la salud, seguridad social en conexidad con la vida” del señor Félix Rafael Cantillo Mendoza.

El despacho judicial tomó la decisión mencionada con fundamento en las siguientes consideraciones: (I) el barrio en el que habitan el accionante y su agente oficioso es de estrato bajo, de donde se desprende primigeniamente que no es una persona adinerada y a ello se suma la imperiosa necesidad de transportarse hasta las diferentes IPS y laboratorios, lo que hace más gravosa su situación; (II) el ISS aprobó declarar exento de cuotas moderadoras y copagos al señor Félix Cantillo Mendoza, ya que éste demostró que su situación económica es precaria; por lo tanto, la Nueva E.P.S S.A, en aplicación analógica está en la obligación de hacer lo mismo; (III) está demostrado dentro del plenario que el accionante padece de retardo mental grave con una pérdida de capacidad laboral del 52.20%, razón por la cual requiere tratamientos permanentes.

1. Impugnación

Dentro de la oportunidad legal prevista y utilizando el mismo modelo con el que contestó la tutela, el señor Cristhian Insignares Cera, apoderado judicial de la Nueva E.P.S S.A, solicitó revocar el fallo de primera instancia.

1. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el 3 de febrero de 2010, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes, con función de conocimiento de Barranquilla- Atlántico resolvió revocar la providencia apelada y, en su lugar, denegar “la tutela de los derechos fundamentales a la vida en conexidad con el de la salud, la integridad personal, mínimo vital y a tener una vida digna de Félix Rafael Cantillo Mendoza”.

El despacho tomó esa determinación porque consideró que el accionante no cumplía con los requisitos para que procediera la inaplicación de la normatividad referente a pagos compartidos y cuotas moderadoras establecidos, entre otras, por las sentencias T-517 del 19 de mayo 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-111 del 10 de febrero de 2005 con ponencia del mismo magistrado.

Sin embargo, respecto del requisito relativo a la incapacidad económica del afiliado, lo encontró cumplido pues recordó que para esta Corporación, “la manifestación de no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá entonces, probar en contrario. Siendo así y al no haber existido pronunciamiento por parte de la entidad demandada al respecto, el requisito de la incapacidad económica del afiliado cotizante de quien depende el accionante se considera cumplido”.

1. PRUEBAS

1. PRUEBAS DOCUMENTALES OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

1. Copia del derecho de petición presentada por el señor Félix Cantillo Manotas al Gerente de la Nueva E.P.S, recibida el 23 de julio de 2009, en el que solicita la exoneración del pago

de cuotas moderadoras y copagos en el tratamiento que requiere su hijo (folios 4-5).

1. Copia de la Cédula de Ciudadanía del señor Félix Rafael Cantillo Mendoza (folio 6).

1. Respuesta al derecho de petición presentado por el señor Félix Cantillo Manotas al Gerente de la Nueva E.P.S en el cual niegan sus pretensiones informándole que el retardo mental grave no se encuentra dentro de las patologías concebidas como de alto costo o catastróficas y por tal motivo debe cancelar cuotas moderadoras y copagos por la atención recibida (folios 7-10).

2. Certificado expedido por el Jefe del Departamento de Atención Ambulatoria del ISS Seccional Atlántico sobre “el plan rutinario de actividades de control” que requiere el señor Félix Rafael Cantillo Mendoza y que el mismo se encuentra “EXENTO DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS” (folio 11).

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. PLANTEAMIENTO DEL CASO Y PROBLEMA JURÍDICO

En concordancia con lo expuesto en los antecedentes, corresponde a la Sala de Revisión determinar si se desconoce por parte de una E.P.S., el derecho a la salud de una persona en situación de discapacidad, al no garantizarle de forma integral el tratamiento que aquella necesita, bajo el argumento de la obligatoriedad del pago de cuotas de recuperación (copagos y cuotas moderadoras), aunque la persona aduce que no tiene la capacidad económica para hacerlo.

Para tal efecto, la Corte hará unas consideraciones previas sobre la figura de la agencia oficiosa en el caso concreto, en segundo lugar reiterará su postura sobre la procedencia de la acción de tutela para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de personas en situación de discapacidad, en tercer lugar hará las precisiones correspondientes al pago de cuotas moderadoras y copagos y a las afirmaciones indefinidas de la incapacidad económica que invierten la carga de la prueba en esa materia, finalmente resolverá el caso concreto.

1. CUESTIÓN PREVIA: AGENCIA OFICIOSA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 toda persona podrá interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, lo cual indica que la legitimidad o interés en el ejercicio de esta acción constitucional radica, precisamente, en cabeza del titular de tales derechos.

El mencionado precepto constitucional ha sido desarrollado por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que dispuso las vías procesales para que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados interponga acción de tutela, de la siguiente manera:

- (i) Por sí mismo, pues no se requiere abogado.
- (ii) A través de representante legal en el caso de menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas.

(iii) Por intermedio de un abogado con poder expreso, si así se desea.

(iv) Ejercida por el defensor del pueblo y los personeros municipales

(v) Mediante agente oficioso, es decir, por un tercero indeterminado sin necesidad de poder, “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. En este caso se debe manifestar tal situación en la solicitud de tutela, esto es, se debe poner de presente que se actúa en calidad de agente oficioso y cuáles son las circunstancias que hacen que el titular de los derechos esté imposibilitado para interponer la acción. (Numeración fuera de texto original).

Sin embargo, esta Corporación ha flexibilizado los requisitos para que prospere la agencia oficiosa y ha advertido al juez de tutela el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.

En efecto, la Sentencia T-1012 de 19999 dijo:

“(…) son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero que sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia ésta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro? Considera la Corte que al juez constitucional le compete dentro del ámbito de sus funciones realizar una interpretación del escrito de tutela, en aras de brindar una protección efectiva de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados. Precisamente, uno de los avances más relevantes de la Constitución Política, consiste en hacer prevalecer la realidad sobre las formas, con el fin de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales, se conviertan en enunciados abstractos, como expresamente lo ordena la Carta Política en su artículo 228”¹⁰.

Ahora bien, sobre las razones que pueden impedir al titular de los derechos para actuar por sí mismo, esta Corte ha señalado que la figura de la agencia oficiosa “(…) ‘es suficientemente comprensiva y guarda relación con hechos de cualquier naturaleza o con situaciones que

imposibilitan la comparecencia directa del interesado'11 razón por la cual 'no puede elaborarse de antemano una lista de circunstancias justificantes de la forma en que se ha llegado a los estrados. Empero, en el marco normativo encajan todas las eventualidades que limitan a quien se considera afectado para acudir ante el juez, siendo claro que debe tratarse de circunstancias que lleven razonada y fundadamente al agente oficioso a obrar sin poder expreso, como debería ocurrir normalmente'.12"13

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el señor Félix Cantillo Manotas cumple con los requisitos legales para que se le reconozca como agente oficioso de su hijo, el señor Félix Rafael Cantillo Mendoza, pues en el escrito de tutela aparece su manifestación de actuar en tal calidad, ante la imposibilidad de su hijo para promover su propia defensa.

De otro lado, la Sala considera que las pruebas obrantes en el expediente demuestran la imposibilidad del titular del derecho presuntamente vulnerado de obrar por sí mismo ya que padece de "retardo mental grave, con una pérdida de capacidad laboral del 52.20%". Precisamente, a causa de su enfermedad, ha sido su padre quien ha llevado a cabo todos los trámites ante la Nueva E.P.S., tanto de su afiliación como beneficiario, su atención médica, su petición para ser exonerado del pago de cuotas moderadoras y copagos y su interés constante para que le sea procurado el tratamiento integral que requiere, lo que significa que tal entidad ha reconocido el impedimento del señor Félix Rafael Cantillo Mendoza para realizar tales procedimientos y hacerse cargo de sí mismo.

Se hace evidente entonces, la configuración de la agencia oficiosa en el caso que se revisa.

1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SALVAGUARDAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

En el recorrido jurisprudencial de esta Corporación, se han distinguido los derechos constitucionales en su doble connotación: derechos fundamentales cuya protección procede a través del mecanismo de tutela por el sólo hecho de ostentar esa calidad y, los derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional cuyo amparo en principio, no procedía a través del mecanismo tutelar, sino en la medida en que el accionante demostrara la relación o la "conexidad" entre el quebrantamiento de ese derecho prestacional y uno de

contenido fundamental.

Ahora bien, el Capítulo II de la Constitución establece los derechos económicos, sociales y culturales, y dentro de ellos se encuentra el derecho a la salud; definido por el artículo 49 Superior como un derecho constitucional y un servicio público de carácter esencial¹⁴. Por ello, todas las personas pueden acceder al servicio de salud y le corresponde al Estado organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad¹⁵.

Esta Corporación había señalado que el derecho a la salud no era un derecho fundamental en sí mismo, habida cuenta de su carácter prestacional, es decir, de requerir una acción legislativa o administrativa para lograr su cumplimiento, sino en la medida en que su desconocimiento conllevara la violación o amenaza de un derecho de primer orden. Por lo tanto, le correspondía al titular del derecho a la salud vulnerado entrar a demostrar que su desconocimiento implicaba la transgresión de un derecho fundamental, que por regla general consistía en el derecho a la vida.

Sin embargo, la concepción alrededor del derecho a la salud, considerado como un derecho y un servicio público de carácter esencial no susceptible de ser protegido, por vía de tutela, empezó a cambiar a raíz de la Sentencia T-016 de 2007¹⁶, con la que se precisa la jurisprudencia de esta Corporación y se resalta el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud. En esa oportunidad se señaló que:

“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). Significan 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. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. 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).”¹⁷

Esta postura fue sostenida por esta Corporación y en un pronunciamiento posterior indicó que “la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defender el derecho a la salud”¹⁸ y que “el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional”¹⁹.

En la Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, se concretó el alcance del derecho a la salud como un derecho autónomo, cuya protección y amparo puede reclamarse en sede de tutela, sin que el accionante tenga que demostrar su conexidad con el derecho a la vida; configurándose un cambio en la jurisprudencia constitucional con respecto al derecho a la salud.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado en muchas oportunidades el tema de las personas en situación de discapacidad mental, como sujetos de especial protección constitucional²⁰, a luz del Texto Fundamental de 1991, y en concordancia con diversos instrumentos internacionales de amplio valor jurídico como son tratados internacionales y resoluciones adoptadas en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Así pues, el Estado Social de Derecho, cimentado en la búsqueda de la igualdad real y efectiva entre las personas y grupos que conforman la sociedad, impone a las autoridades públicas, el deber primordial de promover la corrección de las desigualdades socioeconómicas, la inclusión de los débiles y marginados, y el mejoramiento progresivo de las condiciones de vida de los sectores más desfavorecidos.

En concordancia con lo anterior, el artículo 13 superior obliga al Estado a buscar las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, y a adoptar medidas que favorezcan a los grupos discriminados o marginados, protegiendo especialmente a “aquellas

personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

Asimismo, el artículo 47 constitucional dispone 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”; el artículo 54 prescribe que el Estado debe “garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, y el artículo 68 establece que es obligación especial del Estado “la educación de personas con limitaciones físicas o mentales”.

De los artículos mencionados, se desprende el interés del Estado en la protección de las personas con algún tipo de limitación física o sensorial y el compromiso de brindarles una cobertura integral en todos los campos de su desarrollo, incluyendo necesariamente, su vinculación en planes de salud que aseguren su recuperación efectiva o que puedan mejorar su calidad de vida.

Continuando la línea de protección especial y preferente a las personas en situación de discapacidad, esta Corporación ha conferido el amparo constitucional al derecho a la salud y/o a la rehabilitación de las personas con discapacidad desde cinco ámbitos que se pueden establecer de la siguiente manera, aclarando que se trata de una lista simplemente enumerativa o ilustrativa:

i. La vulneración del derecho a la salud producida por la negativa de las entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio, cuando el paciente requiere prestaciones no contenidas en el POS21, y cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para ello; (ii) el desconocimiento del derecho a acceder a los servicios de salud, cuando se ve obstruida la atención inmediata, adecuada, integral y especializada22 de una persona discapacitada, o cuando se le niega la afiliación al sistema en virtud de su condición;23 (iii) la violación al derecho a la salud cuando se suspende de forma repentina la prestación de servicios de salud, aun cuando la situación se presente en aplicación de disposiciones reglamentarias24 (aplicación del principio de continuidad); (iv) el irrespeto al derecho a la salud producido por la negativa a la atención en salud, o a la rehabilitación, derivada de una discusión sobre el carácter sanitario, educativo o de rehabilitación de un tratamiento determinado (en aplicación del principio de integralidad)25; y, (v) en relación con

el consentimiento informado, y los requisitos para la adopción de decisiones que pueden afectar de forma definitiva esferas de autonomía del individuo discapacitado²⁶.

Visto lo anterior, concluye la Sala la procedencia de la acción de tutela para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de las personas en situación de discapacidad, cuando se les suspenden los tratamientos que requieren o cuando se les restringe la atención en salud con el pretexto de existir disposiciones reglamentarias que no se están cumpliendo.

1. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

Establecida la procedencia de la acción de tutela para reclamar el derecho a la salud, la Sala estima pertinente citar algunas características de ese derecho fundamental en las personas en situación de discapacidad; entre esas características se pueden señalar: (i) la continuidad en la prestación de servicios de salud, (ii) la integralidad de la atención y, (iii) el trato especializado y diferencial que requieren las personas con algún tipo de limitación.

Sobre la continuidad en los tratamientos de salud esta Corporación ha indicado lo siguiente:

“De este modo, el juez constitucional y las entidades prestadoras de salud en cualquier régimen, deben reconocer y proteger la efectividad del principio de continuidad e integralidad en materia de salud. Por este motivo, ha establecido la prohibición de realizar actos que comprometan la interrupción sin justificación admisible del servicio, de una persona que pertenezca al sistema en calidad de afiliado, beneficiario o vinculado.

En conclusión, la eficiencia y la integralidad están directamente relacionados con los beneficios a que da derecho la seguridad social para que sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente, lo que deriva en la necesidad de la continuidad, en otras palabras, la garantía de los usuarios del sistema de que las prestaciones contempladas en el mismo no serán interrumpidas de forma abrupta, ni que sean prestadas parcial o aleatoriamente”²⁷.

Sin embargo, para las personas en situación de discapacidad, el tratamiento no sólo debe ser continuo, sino también integral, en franca aplicación de la ley 100 de 1993, que estableció como uno de sus principios el de, valga la redundancia, la integralidad y que es definido como:

“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 la ley”²⁸

Además, el numeral 3° del artículo 153 ibídem habla de protección integral: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. A su vez, el literal c del artículo 156 ibídem expresa que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud”

Finalmente, esta Corporación ha considerado que el derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad, además de las características citadas previamente, debe ser especializado, en tanto una desatención, aunque sea leve en su salud, puede llegar a comprometer este derecho fundamental, al respecto, la Sentencia T-105 del 20 de febrero de 2009, indicó lo siguiente:

“En adición a lo expuesto, cabe destacar que la atención a las personas con discapacidad debe ser especializada, y debe orientarse por un enfoque diferencial debido a que una desatención leve o moderada de la salud, que puede no afectar el núcleo esencial cuando se presenta frente a individuos sin limitaciones, pero que la misma situación puede comprometer directamente el núcleo esencial cuando se suma a la incapacidad del individuo para enfrentar la situación, derivada de su condición física, mental, económica o familiar, entre otras”²⁹

En el caso particular, la Sala constata una situación real de discapacidad del señor Félix Rafael Cantillo Mendoza, quien según las pruebas incorporadas al expediente, sufre de retardo mental grave, con pérdida de capacidad laboral del 52.20%; también aparece demostrado que en razón de su enfermedad, requiere “seguir un plan rutinario de actividades de control” que le está siendo negado por la Nueva E.P.S., al considerar que el

accionante debe efectuar el pago de cuotas moderadoras y copagos en virtud de la normatividad vigente sobre la solidaridad al sistema de seguridad social en salud de los beneficiarios en el régimen contributivo.

Por estos motivos, la Sala encuentra que en este caso, se cumplen con los requisitos jurisprudenciales para que proceda la acción de tutela y recuerda que el derecho a la salud revierte especial importancia para los sujetos en situación de discapacidad porque la afectación a su salud es más difícil de superar cuando ésta se suma con sus limitaciones físicas o sensoriales.

1. CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 dispone la obligación que tienen tanto los afiliados como los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en salud de contribuir en el financiamiento del sistema, y para ello expresa literalmente que: “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”.

Este precepto legal, fue desarrollado en el Acuerdo 260 de 200430 que definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras.

Por copagos, se entienden todos los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado, siendo su finalidad, se reitera, ayudar a financiar el Sistema. El copago se aplica exclusivamente a los afiliados beneficiarios y su cálculo depende del régimen al que pertenezca la persona. Así, dentro del régimen contributivo, el copago se obtiene de acuerdo al salario base de cotización sin que pueda exceder cierto porcentaje del salario mínimo legal mensual vigente por un mismo evento. Esta y otras limitaciones están taxativamente establecidas dentro del mismo Acuerdo. Ahora bien, los beneficiarios del régimen subsidiado deberán cancelar copagos conforme al nivel del SISBEN en el que han sido ubicados, estando exonerados de dicho pago compartido los indigentes, las comunidades indígenas y quienes pertenezcan al nivel 1 del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales.

Por su parte, las cuotas moderadoras son aquellas que buscan regular la utilización del servicio de salud, incentivar su buen uso y promover la participación en los programas de atención integral ofrecidos por las E.P.S31. Las cuotas moderadoras se aplican tanto a los afiliados cotizantes como a los beneficiarios y se calculan, para el régimen contributivo, conforme al salario base de cotización, pero aplicando porcentajes distintos a los establecidos en el Acuerdo para los copagos.

El artículo 5 del mencionado Acuerdo alude una serie de principios a los que están sujetos los pagos compartidos, de los cuales, resulta pertinente resaltar el primero de ellos, relativo a la equidad, según el cual: 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.³²

Esta disposición busca la protección de los derechos de los usuarios, particularmente del derecho fundamental a la salud, en tanto, aunque justifica la necesidad de los pagos compartidos, también establece que los mismos no pueden convertirse en ningún caso en circunstancias que obstaculicen el acceso a los servicios de salud de las personas más vulnerables de la población.

En este sentido, esta Corporación se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 en Sentencia C-542 de 1998 y en esa oportunidad consideró que, al igual que ocurría en el Régimen Especial de las Fuerzas Militares, los copagos y cuotas moderadoras eran constitucionalmente admisibles dentro del Régimen General.

En aquella oportunidad se dijo:

“La norma es exequible en cuanto busca racionalizar el servicio, es decir, lograr que los usuarios sólo acudan a él cuando realmente lo necesiten y se abstengan así de congestionar inoficiosamente los centros de atención y el tiempo del personal médico y asistencial. Como su nombre lo indica, estos pagos y cuotas no implican que el Estado traslade a los usuarios las cargas económicas de los servicios que se prestan, sino que representan un mecanismo pedagógico sobre la utilización de los mismos, y un grado razonable de contribución propia a la financiación de la actividad que cumple el ente, lo que encuentra sustento en el principio constitucional de solidaridad. (Subraya la Sala).”³³

Así, en virtud al establecimiento del Estado Social de Derecho, que tiene como uno de sus principios el de solidaridad, cada individuo debe contribuir en la medida de sus posibilidades a la financiación del Sistema, sin que ello, como lo menciona el artículo 5 del Acuerdo 260 de 2004, se convierta necesariamente en una barrera al acceso a los servicios de salud, como quiera que no puede obligarse a lo imposible y, por consiguiente, resultaría desproporcionado exigirle a alguien que no cuente con recursos económicos suficientes, el cubrimiento del valor de un pago compartido y el aporte al Sistema como condicionamiento para la prestación de la atención médica que necesita.

Sobre el referido principio de equidad en materia de copagos y cuotas moderadoras, esta Corporación ha dicho:

“(...) el cobro de las cuotas moderadoras y pagos compartidos no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre³⁴. En efecto, cuando los afiliados no tienen la suficiente capacidad económica para cubrir las cuotas moderadoras o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo y requieren los servicios de salud con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria, esta Entidad ha entendido que los derechos fundamentales de las personas deben primar sobre cualquier otro tipo de derechos³⁵, por lo que, ante el conflicto anteriormente descrito es claro que en estas situaciones debe inaplicarse la legislación y ordenar la prestación de los servicios excluidos (...)”³⁶

Lo anterior implica que en cada caso, el juez debe determinar las circunstancias bajo las cuales se halla el accionante y de acuerdo con ellas establecer si resulta pertinente la inaplicación de la norma que exige la cancelación de copagos y cuotas moderadoras, porque como se explicó, los pagos compartidos en sí mismos, no son contrarios a la Constitución y sus preceptos ya que facilitan la racionalización en el uso de los servicios y la correcta utilización social de los recursos administrativos.

Ahora bien, el Acuerdo 260 de 2004 también señala qué tipo de servicios están sujetos a cuotas moderadoras³⁷ y cuáles están excluidos de copagos y lo hace de manera taxativa.

El artículo 7 del mencionado Acuerdo dispone:

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”.

Entonces, en principio, todos aquellos servicios médicos que no estén señalados dentro de los numerales del artículo anteriormente citado, están sujetos a copagos. No obstante, esta Corporación ha expuesto dos situaciones excepcionales en las que, a pesar de tratarse de atención médica sujeta a copagos, resulta viable exonerar al usuario de su cancelación, con el objeto de proteger derechos fundamentales o conexos con éstos. Sobre el particular la Corte en Sentencia T-296 de 200638, entre otras, desarrolló dos reglas:

“Para determinar los casos en los cuales debe eximirse al afiliado del pago de las cuotas con el fin de garantizar el derecho constitucional a la salud, esta Corte ha desarrollado dos reglas: [1] Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.³⁹ [2] Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna⁴⁰ en obstáculo para acceder a la prestación del servicio” 41

De lo precedente es posible concluir que en materia de copagos y cuotas moderadoras, es indispensable atender a la capacidad económica de los afiliados y al tipo de tratamiento, medicamento o procedimiento sobre el cual se pretende aplicar el pago moderador, puesto

que, en ocasiones, además de estar de por medio el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, también puede afectarse el mínimo vital del afiliado o de su familia, toda vez que, aún cuando el servicio sea prestado, exigir con posterioridad la cancelación de un copago cuando éste supera el nivel de ingresos del usuario, trae como consecuencia un detrimento grave del patrimonio económico de quien está obligado a pagar.

1. AFIRMACIONES INDEFINIDAS DE LA INCAPACIDAD ECONÓMICA Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA EN ESA MATERIA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Procede la Sala a hacer las consideraciones respectivas sobre la manifestación hecha por la persona que requiere un tratamiento determinado, de no contar con los recursos económicos suficientes para costear las cuotas moderadoras y copagos exigidos por las E.P.S para prestar sus servicios de salud.

Dada su importancia, esta Corporación se ha pronunciado sobre la carga probatoria de la incapacidad económica concluyendo que corresponde al accionante poner en conocimiento del juez de tutela su escasez de recursos y si es posible ofrecer pruebas de ello. Sin embargo, una vez el actor comunica su falta de recursos, aunque sea de forma indefinida, la carga probatoria se invierte, correspondiendo a la entidad accionada probar que quien instaura la acción cuenta con la capacidad económica suficiente, bien sea para costear los servicios médicos que necesita o para acudir al mecanismo de defensa ordinario, sin que se vea afectado su mínimo vital. Igualmente, el juez de tutela tiene como obligación realizar las pesquisas que considere pertinentes y conducentes en el sentido de establecer si lo manifestado por las partes está ajustado a la realidad.

Lo precedente se concreta en una serie de reglas probatorias que se exponen en la Sentencia T-683 de 2003:

“(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 excluidos del POS; (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” 42.

Aunque la regla general es que el actor debe demostrar su incapacidad económica, si éste llega a manifestar tal condición, se invierte la carga probatoria, correspondiendo a la entidad demandada demostrar lo contrario. En estos casos no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos y se presume la buena fe del solicitante.

1. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

1. PRESENTACIÓN DEL CASO

En el caso objeto de revisión, el señor Félix Cantillo Manotas, actuando como agente oficioso de su hijo, el señor Félix Rafael Cantillo Mendoza, interpuso acción de tutela contra la Nueva E.P.S, por considerar que se vulneraron los derechos fundamentales a una vida en condiciones dignas, a la salud, a la integridad personal, a la seguridad social y al debido proceso de su agenciado.

De acuerdo con los hechos descritos en la solicitud de tutela, el señor Félix Rafael Cantillo Mendoza, se encuentra afiliado a la Nueva E.P.S en calidad de beneficiario de su padre Félix Cantillo Manotas y padece de una discapacidad denominada retardo mental grave con pérdida de capacidad laboral del 52.20%. Refiere el actor, que su agenciado depende

económicamente de él y que mientras fue atendido en el Instituto de Seguros Sociales siempre estuvo exonerado de copagos y cuotas moderadoras para su atención médica.

Tal como se plasmó en la parte considerativa de este fallo, la Sala estima que el señor Félix Cantillo Manotas está legitimado para presentar acción de tutela en nombre de su hijo, por cuanto reúne a cabalidad los requisitos contemplados por la Corte en materia de agencia oficiosa. En efecto, el señor Félix Cantillo Manotas manifestó en la demanda de tutela que actúa como agente oficioso de su hijo Félix Rafael Cantillo Mendoza⁴³. Adicionalmente, se encuentra probado que el agenciado padece de retardo mental grave y, por tanto, debe entenderse que no está habilitado materialmente para presentar por sí mismo una acción tendiente a la prestación de los servicios médicos que requiere.

La presente acción también supera el examen de procedibilidad del amparo tutelar al derecho fundamental a la salud porque existe una interrupción en un tratamiento requerido por un sujeto de especial protección constitucional, en razón a su limitación mental.

En las pruebas contenidas en el expediente, aparece un certificado del jefe de atención ambulatoria del I.S.S Seccional Atlántico, según el cual el señor Félix Cantillo Mendoza debe seguir un “plan rutinario de actividades de control”, en tal sentido, obstruir de alguna manera dicho plan es atentatorio de los derechos fundamentales del agenciado, más grave aún, si se tienen en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta.

Como la Nueva E.P.S. no está prestando el tratamiento integral y continuo que requiere el agenciado bajo el argumento de la no cancelación de cuotas de recuperación, se configura una causal jurisprudencial de procedibilidad de la acción de tutela, así como se manifestó en la parte considerativa de este fallo.

En el certificado expedido por el I.S.S Seccional Atlántico también se señala que el señor Félix Rafael Cantillo Mendoza, estuvo “EXENTO DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS” hasta antes de su traslado a la Nueva E.P.S⁴⁴, siendo entonces incomprensible que dicha entidad, creada para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población afiliada al I.S.S, interrumpa un tratamiento que se venía prestando y del que la propia entidad certificó sus condiciones de gratuidad y permanencia.

Ahora, con respecto a la capacidad económica del accionante, el juez de primera instancia

indicó que el señor Félix Cantillo Manotas padre del agenciado, “actualmente habita en barrio de estrato bajo, de donde se desprende primigeniamente que no es una persona adinerada no con solución económica (sic) a ello se suma la imperiosa necesidad que tiene de transportar a su hijo hasta las diferentes EPS, laboratorios, IPS etc. Lo que hace mas gravosa la situación”

En el mismo sentido, justificó que su fallo acogió el principio de buena fe, dando credibilidad a la declaración hecha por el accionante sobre su incapacidad económica para sufragar las cuotas moderadoras y copagos.

Aunque en segunda instancia revocaron la decisión del A-quo, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes, con función de conocimiento de Barranquilla- Atlántico, atendiendo las directrices de esta Corporación, consideró que:

“(…) la manifestación de no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar en contrario. Siendo esto así, y al no haber existido pronunciamiento por parte de la entidad demandada al respecto, el requisito de la incapacidad económica de la afiliada (sic) cotizante de quien depende económicamente el solicitante se considera cumplido”.

Coincide la Sala con estas apreciaciones sobre la incapacidad económica del accionante y agrega que es probable que con el pago de las cuotas moderadoras y copagos se vean afectados en su mínimo vital, el accionante y su hijo, debido a la manifestación hecha por el señor Félix Cantillo Manotas, según la cual, el único ingreso económico que recibe, es su mesada pensional.

Por todo lo anterior, concluye la Sala que en la presente acción de tutela se vulneraron los derechos fundamentales a una vida en condiciones dignas, a la salud, a la integridad personal y a la seguridad social de un sujeto de especial protección y por tanto, procede la acción de tutela por encontrarse probado los requisitos exigidos por la jurisprudencia para otorgar los derechos solicitados.

En consecuencia, la Sala Séptima de Revisión revocará la sentencia proferida el 3 de febrero de 2010, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes, con función de

conocimiento de Barranquilla- Atlántico, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Félix Cantillo Manotas, como agente oficioso de su hijo, el señor Félix Rafael Cantillo Mendoza, y en su lugar, concederá la protección tutelar y ordenará a la Nueva E.P.S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, adelante los trámites administrativos para autorizar la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos en todo el tratamiento que requiere el señor Félix Rafael Cantillo Mendoza, como consecuencia de sus limitaciones mentales y de la imposibilidad económica de su padre para asumir tales conceptos.

1. DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos en este proceso, ordenada en el Auto de fecha diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010).

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2010, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes, con función de conocimiento de Barranquilla- Atlántico dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Félix Cantillo Manotas, como agente oficioso de su hijo, el señor Félix Rafael Cantillo Mendoza. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a una vida en condiciones dignas, a la salud, a la integridad personal y a la seguridad social del Señor Félix Rafael Cantillo Mendoza.

TERCERO: En consecuencia, ORDENAR a la Nueva E.P.S que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, adelante los trámites administrativos para autorizar la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos en todo el tratamiento que requiere el señor Félix Rafael Cantillo Mendoza y se abstenga de negar el servicio por la falta del pago de tales conceptos.

CUARTO: Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El representante de la Nueva E.P.S S.A mencionó el artículo 159 de la ley 100 de 1993, pero transcribió el contenido del artículo 160.

3 Entiéndase que el artículo referido es el 187 de la Ley 100 de 1993.

4 Ver Artículo 187 de la Ley 100 de 1993 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 sistema⁴, 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 la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía.

PARÁGRAFO. 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”

5 Cfr. Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud artículo 7: “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”

6 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.

7 Artículo. Tope máximo 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 57.5% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 460% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente

8 ARTICULO 117. PATOLOGIAS DE TIPO CATASTROFICO. Son patologías CATASTROFICAS aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguientes procedimientos:

- TRANSPLANTE RENAL- DIALISIS- NEUROCIRUGIA. SISTEMA NERVIOSO- CIRUGIA CARDIACA- REEMPLAZOS ARTICULARES- MANEJO DEL GRAN QUEMADO.- MANEJO DEL TRAUMA MAYOR.- MANEJO DE PACIENTES INFECTADOS POR VIH- QUIMIOTERAPIA Y RADIOTERAPIA PARA EL CANCER.- MANEJO DE PACIENTES EN UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS.- TRATAMIENTO QUIRURGICO DE ENFERMEDADES CONGENITAS”

9 Sentencia T-1012 del 10 de diciembre de 1999 M.P., Alfredo Beltrán Sierra

10 Cfr., Sentencia T-1012 del 10 de diciembre de 1999 M.P., Alfredo Beltrán Sierra.

11 Cfr., Sentencia T-573 del 04 de junio de 2008 M.P., Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Cfr., Sentencia T-315 del 21 de marzo de 2000 M.P., José Gregorio Hernández Galindo.

13 Cfr., Sentencia T-275 del 13 de abril de 2009 M.P., Humberto Antonio Sierra Porto.

14 La Corte Constitucional, respecto del derecho a la salud, ha señalado que éste es un derecho asistencial, toda vez que requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Consúltese sentencias T-544 del 18 de julio de 2002 M.P., Eduardo Montealegre Lynett y T-304 del 31 de marzo de 2005 Clara Inés Vargas Hernández.

15 Corte Constitucional Sentencia C-577 de 1995 y C-1024 de 2000.

16 Sentencia T-016 del 22 de enero de 2007 M.P., Humberto Antonio Sierra Porto.

17 Cfr. Sentencia T-016 del 22 de enero de 2007 M.P., Humberto Antonio Sierra Porto

18 Incluso en aquellos casos en los que la afección a la salud fue causada por la ineficiencia del Estado, y se cuenta con acciones contencioso administrativas para reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados, la tutela es el medio idóneo para proteger el derecho a la salud de la persona, en especial, cuando se trata de garantizar el acceso al servicio de salud que se requiera con necesidad. Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), en este caso la Corte consideró que “[la] atención médica inmediata a la víctima de un accidente causado en virtud de la objetiva ineficiencia de la administración en la prestación de un servicio público, en la sentencia con la cual se pone término a una acción de reparación directa, tiene únicamente carácter resarcitorio de los gastos incurridos por ese concepto y es necesariamente posterior a la misma. || Si la condición económica de la víctima y la naturaleza de la lesión sufrida son tales que, sin apoyo externo, no es posible recibir el tratamiento médico o quirúrgico necesario, como ocurre en el presente caso, cabe preguntarse si la pretensión de obtener dicha prestación hace parte del derecho a la salud y debe ser suministrada por la entidad pública cuya acción

u omisión que traducen un grado objetivo de ineficiencia fueron causa determinante del accidente.”

19 Cfr. Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008 M.P., Manuel José Cepeda Espinosa

20 Entre muchas otras, sentencias T- 516 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz, C- 559 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería, T- 1171 de 2003 MP. Alfredo Beltrán Sierra, T- 276 de 2003 MP. Jaime Córdoba Triviño, C- 401 de 2003 MP. Álvaro Tafur Galvis, C- 156 de 2004 MP. Manuel Cepeda Espinosa, y C- 174 de 2004 MP. Álvaro Tafur Galvis.

21 Al respecto, se siguen las subreglas que ha establecido la Corte, entre otros, en los pronunciamientos T-1204 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

22 En la sentencia T-179 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte conoció la situación de un grupo de jóvenes discapacitados que, entre otros problemas de salud, se enfrentaban a un desarrollo en extremo tardío, siendo su apariencia de niños, a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad. Los menores recibían atención integral en una institución que suscribía un convenio con el Seguro Social. Sin embargo, la entidad terminó el convenio y suspendió el servicio argumentando que, en la medida en que se trataba de mayores de edad, cualquier obligación a su cargo habría cesado en virtud de diversas disposiciones legales y reglamentarias, y que el tratamiento solicitado no implicaba atención en salud, sino atención en educación. La Corte, con base en los principios de atención integralidad y continuidad consideró que la actitud de la entidad desconocía que la atención del discapacitado debe ser especializada. Sobre la obligación de brindar una atención especializada en salud a las personas con discapacidad, ver también, las sentencias T-339 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-620 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

23 En la sentencia T-153 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte concedió la protección a un menor que requería una intervención quirúrgica para superar una limitación auditiva, considerando que el menor era merecedor de un trato especial, y que “...La omisión atacada ... conduce al aislamiento y al abandono del niño”; en el fallo T-625 de 2006, la Corte protegió el derecho de un discapacitado a quien la EPS se negaba a afiliarlo como independiente o beneficiario, en razón de su edad y su condición de parapléjico. La Corte consideró que la actitud de la EPS resultaba vulneratoria del derecho al acceso a la atención

en salud; Finalmente, en la sentencia T-1158 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte amparó el derecho a la salud y la protección especial de una menor discapacitada, con diagnóstico de invalidez del 84.9%, que requería el servicio de ambulancia para asistir a las terapias. La Corte basó su decisión en los principios de continuidad, integralidad y atención especializada.

24 En tal sentido, la sentencia T-1038 de 2001 la Corte consideró que la suspensión del tratamiento a unos jóvenes discapacitados por el hecho de haber alcanzado la mayoría de edad, a pesar de tener sustento en disposiciones reglamentarias, se traduce en una violación al derecho a la salud, debido a que se irrespeta el principio de continuidad que orienta la prestación de los servicios públicos.

25 Sentencia T-179 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

26 En la sentencia T-850 de 2002 la Corte estudió la petición de la madre de una mujer discapacitada de 19 años, quien sufría algunos problemas de desarrollo, así como un leve retraso mental. La madre de la menor pretendía que la EPS realizara un procedimiento definitivo de esterilización a la menor con el fin de evitar las consecuencias de un embarazo indeseado. La menor, por su parte, a pesar de sus limitaciones manifestaba su interés por tener hijos y formar una familia en algún momento de su vida. La Corte decidió, entonces, convocar una junta médica para determinar cuál podría ser el tratamiento adecuado mediante el cual pudiera evitarse un embarazo indeseado pero sin truncar de forma definitiva la posibilidad de decidir o de tener espacios de autonomía en su vida sexual por parte de la joven discapacitada. El sentido de la decisión fue el de evitar la adopción de medidas definitivas que pudieran llegar a cerrar una posibilidad futura de ejercicio de una esfera vital por parte de la persona discapacitada. En esta sentencia, la Corte reiteró la importancia de mantener un enfoque en el cual se revisen las condiciones personales y del entorno del afectado.

27 Sentencia T-863 del 27 de noviembre de 2009 M.P., Jorge Iván Palacio Palacio.

28 Cfr. Artículo 2° de la ley 100 de 1993

29 T-105 del 20 de febrero de 2009 M.P., Jaime Córdoba Triviño

30 Ministerio de Protección Social, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

31 Cfr. Artículo 1 del Acuerdo 260 de 2004.

33 Sentencia C-542 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara

34 Ver sentencias T-913 de 2006, T-407 de 2006 y T-1132 de 2001 entre otras.

35 Ver entre otras sentencias C-265 de 1994 y T-639 de 1997.

36 Sentencia T-042 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

37 Cfr., artículo 6 Acuerdo 260 de 2004 Servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras. Se aplicarán cuotas moderadoras a los siguientes servicios, en las frecuencias que autónomamente definan las EPS: 1 . Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada.

2. Consulta externa por médico especialista.

3. Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos. El formato para dicha fórmula deberá incluir como mínimo tres casillas.

4. Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo cuatro casillas.

5. Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo tres casillas.

6. Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos

servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud.

Parágrafo 1º. En ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias.

Parágrafo 2º. Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios.

Parágrafo 3º. Las cuotas moderadoras se pagarán al momento de utilización de cada uno de los servicios, en forma independiente.

38 Sentencia T-296 del 7 de abril de 2006 M.P., Jaime Córdoba Triviño.

39 En la sentencia T-743 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) esta Corporación resolvió tutelar los derechos a la vida y a la salud del accionante y en consecuencia, ordenar a la Secretaría de Salud Departamental de Santander que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, garantice al accionante el acceso a los servicios de salud que requiriera para el tratamiento del cáncer que le fue diagnosticado, indicando a la IPS correspondiente que se subsidiara el 100% del valor de tales servicios.

40 Al respecto ver Sentencias T-381 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentarías; T-330 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-310 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

41 Sentencia T-296 del 7 de abril de 2006 M.P., Jaime Córdoba Triviño

42 Cfr. Sentencia T-683 del 8 de agosto de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

43 Tal declaración aparece en el escrito de tutela en los folios 1-3 del expediente.

44 La NUEVA EPS es una Sociedad Anónima constituida mediante escritura pública No.753 del 22 de marzo de 2007, que surgió como entidad promotora de salud del régimen

contributivo a través de la Resolución No. 371 del 3 de abril de 2008 de la Superintendencia Nacional de Salud, como respuesta al informe del COMPES sobre la situación de la EPS del ISS. La escogencia del Gobierno Nacional en la conformación y puesta en marcha de la NUEVA EPS, tiene por fin garantizar la continuidad en la prestación de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud a nivel nacional, para la población que estando afiliada a la EPS del ISS pasará de forma automática a la NUEVA EPS, dentro del marco y principios de la calidad, eficiencia y compromiso.