Sentencia T-708/12

ACCION DE TUTELA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES O REPRESENTANTES-Legitimación en la causa por activa

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN TUTELA-Agencia oficiosa

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL/ LEGITIMACION POR ACTIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Recae en cualquier persona

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Carácter fundamental autónomo

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación

DERECHO A LA SALUD-Garantía de acceso y prestación de servicios médicos asistenciales

DERECHO A LA SALUD-Procedencia de la acción de tutela cuando EPS niega suministro de tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para ordenar el suministro de tratamientos, medicamentos o procedimientos no incluidos en el POS

DERECHO A LA SALUD-Garantía de acceso a servicios excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD Y CONCEPTO DE REQUERIR CON NECESIDAD-Subreglas

DERECHO A LA SALUD-Protección por necesidad y/o requerimiento de servicio médico no incluido en el POS para prevención, conservación o superación de amenaza o afectación

DERECHO A LA SALUD-Autorización de servicio médico requerido con necesidad por falta de capacidad económica y solicitud por EPS de reembolso ante el Fosyga

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCION INTEGRAL-Suministro de elementos e insumos indispensables no incluidos en el POS sin formula u orden médica que los prescriba

TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES-Inclusión en el Plan Obligatorio de Salud

DERECHO A LA SALUD-Transporte o traslado de pacientes por falta de capacidad económica

DERECHO A LA SALUD-Traslado de acompañante cuando se requiera para garantizar la integridad física del paciente

CUOTAS MODERADORAS-No pueden ser obstáculo para acceder a servicios de salud para quienes no tienen capacidad económica

PAGOS MODERADORES, COPAGOS O CUOTAS MODERADORAS-Tipos

PAGOS MODERADORES-No podrán convertirse en barreras de acceso a servicios de salud de los más pobres

PAGOS MODERADORES POR SERVICIOS DE SALUD A NIÑOS Y NIÑAS POR FALTA DE CAPACIDAD ECONOMICA-Prohibición

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA CON PARAPLEJIA-Suministro de silla de ruedas prescrita por médico tratante

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE MENOR DE EDAD-Pago gastos de traslado, estadía y acompañante para asistir a cita médica ordenada por médico tratante

ACCION DE TUTELA DE MENOR DE EDAD CONTRA EPS-Prestación de servicios integrales sin cobro de cuotas moderadoras o copagos para suministrar procedimientos, medicamentos, terapias y demás prescripciones de médicos tratantes

Referencia: expedientes AC T- 3.441.408 y T-3.515.863

Peticionarios: Acciones de tutela presentadas en forma separada por Pedro Antonio Silva Vargas, contra FAMISANAR EPS; y Carlos Ortiz Cortés, como agente oficioso de su hija Isabella Ortiz Urbano, contra la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S.

Derechos fundamentales invocados: Derecho a la Salud – Derecho a la Vida Digna.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside – Luis Ernesto Vargas Silva y Alexei Egor Julio Estrada, 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

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los siguientes fallos de tutelas: del proceso T-3.441.408, adoptado por el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá del 23 de marzo de 2012 y del proceso T-3.515.863, adoptado por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Garantías de Armenia, Quindío, del 28 de marzo de 2012, en primera instancia, y del Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Armenia, Quindío, del 10 de mayo de 2012.

Estudiadas las sentencias de tutela correspondiente a los expedientes T-3.441.408 y T-3.515.863, escogidos para su revisión por la Sala de Selección Número Seis, mediante Auto del 28 de junio de 2012, esta Sala, a través del auto del 10 de agosto de 2012, decidió acumular los procesos citados al considerar que la temática contenida en ellos es similar, al tratarse de la negación de servicios relacionados con el derecho a la salud y a la vida digna de los actores, lo que justifica que sean fallados en una misma sentencia por economía procesal e igualdad de materia.

1. ANTECEDENTES

1. EXPEDIENTE T-3.441.408

El señor Pedro Antonio Silva Vargas, presentó solicitud de amparo constitucional contra FAMISANAR EPS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle la entrega de la silla de ruedas prescrita por su médico tratante.

1. Hechos y razones de la tutela.

1. El señor Pedro Antonio Silva Vargas, manifiesta que es una persona de 45 años, afiliado a FAMISANAR EPS, a quien le fue diagnosticada paraplejía desde hace 19 años, ocasionada por arma de fuego, con nefrectomía izquierda.

1. Asegura que a raíz de los fuertes dolores que presenta, su médico tratante adscrito a la EPS le recomendó "… la necesidad de cambio de silla de ruedas por una que le facilite la movilidad en el hogar y un cojín antiescaras, ya que la silla de ruedas que utiliza para uso diario es para la práctica deportiva de baloncesto…"

1. Dice que a raíz del anterior diagnóstico, se le ordenó una silla de ruedas para adulto sobre medida, con eje central, liviana, con marco fijo, con espaldar bajo, sin apoyabrazos, con cinturón pélvico, con sistemas de frenos clásicos, con apoya pies graduables centrales con cinturón de aducción de MMII para posicionamiento, con ruedas delanteras, maciza pequeña, ruedas traseras grandes anti pinchaduras y cojín anti escaras sobre medidas multiválvulas, con tela fresca y lavable, dada su dependencia total para trasladarse, y de esa manera,

mejorar su calidad de vida.

1. Manifiesta que realizó la solicitud de autorización de la silla de ruedas ante la EPS, quien contestó negativamente argumentando que mediante sesión No. 1300 del 23 de enero de 2012, se determinó que el elemento solicitado no se encontraba contemplado en el Plan Obligatorio de Salud.

2. Por último, sostiene que es una persona de escasos recursos, se encuentra sin trabajo y depende totalmente de su familia por no tener ingresos económicos. Asegura que vive en una vivienda de interés social con su madre y un hermano, y que el dinero que recibe lo destina al pago de sus necesidades básicas.

1. Fundamentos y pretensiones.

Solicita el accionante que se le amparen los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas y se le autorice una silla de ruedas para adulto con las especificaciones que se recomiendan en su historia clínica y que fuera ordenada por su médico tratante; así mismo se le ordene tratamiento integral.

1. Actuación procesal.

El Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, admitió la tutela el 26 de enero de 2012, y requirió a FAMISANAR EPS, a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, a la Comisión de Regulación en Salud y al Ministerio de Salud – FOSYGA, para que se pronuncien sobre los hechos expuestos por el accionante.

Igualmente rechazó la medida provisional solicitada por no reunir los requisitos previstos en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

1. El Ministerio de Salud y Protección Social mediante escrito del 27 de enero de 2012, manifestó que la silla de ruedas solicitada no hace parte del POS, según el artículo 49 del Acuerdo 29 de 2011. En estos eventos el afiliado deberá financiarlos directamente, y en caso de no tener la capacidad económica para asumirlos, podrá acudir a la Secretaría Distrital de Salud para que sea remitido a las instituciones prestadoras de salud con las que tenga contrato.

Por último informó, que la tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y pretender protegerlos a futuro, porque desbordaría su alcance al otorgar prestaciones que no existen. Solicita se nieguen las pretensiones y se exonere al Ministerio de toda responsabilidad.

1. La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá mediante escrito del 30 de enero de 2012, manifestó que de acuerdo con la base de datos, el señor Pedro Antonio Silva Vargas, se encuentra afiliado a la EPS FAMISANAR, y por lo tanto los servicios que requiere el paciente deben ser brindados por esa entidad, toda vez que el procedimiento prescrito por el médico tratante cubierto por el POS, de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 de la C.R.E.S.

Agrega que, en cuanto a los elementos no POS que llegue a requerir el accionante, es deber de la EPS someterlos al Comité Técnico Científico para que determine la pertenencia de los mismos y de acuerdo con la Resolución No. 5334 de 2008, del Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de la Salud, debe suministrarlos y recobrarlos al FOSYGA de conformidad con la Resolución 3754 de 2008.

Solicita declarar la improcedencia de la pretensión, y desvincular a la Secretaría Distrital de Salud por ser la EPS FAMISANAR, la entidad encargada de la prestación del servicio.

1. La Comisión de Regulación en Salud – CRES, mediante escrito del 31 de enero de 2012, manifestó que el servicio que requiere el paciente no está incluido en el POS, motivo por el cual el médico tratante debe solicitarlo y justificarlo ante la EPS para que la entidad, a través

del Comité Técnico Científico, decida sobre su aprobación.

1. Por último, mediante escrito del 31 de enero de 2012, FAMISANAR EPS manifestó que el señor Pedro Antonio Silva Vargas, se encuentra afiliado al régimen contributivo, EPS FAMISANAR, con pleno acceso a todos los servicios de salud requeridos, los cuales se le han prestado con calidad y oportunidad debida por lo que no es cierto que la EPS faltó a su deber de aseguramiento ni 0mucho menos ha vulnerado sus derechos fundamentales, puesto que se le autorizaron todas las órdenes médicas que ha requerido el afiliado.

En cuanto a la solicitud de la silla de ruedas, aclara que el Comité Técnico Científico evaluó oportunamente el requerimiento, y decidió negarla por ser un servicio excluido del POS. Dice que no es dable a FAMISANAR autorizar este tipo de servicios teniendo en cuenta que los recursos de salud que administra tienen protección y vigilancia reforzada por parte de las entidades dedicadas a tal fin, por lo que se vería expuesta a sanciones fiscales y disciplinarias.

Por tal motivo, solicita se declare improcedente la tutela considerando que el derecho sobre el cual se centra la discusión, no es de carácter fundamental.

1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Pedro Antonio Silva Vargas.

2. Copia del carné de afiliación a FAMISANAR EPS del señor Pedro Antonio Silva Vargas.

1. Copia de la historia clínica del señor Pedro Antonio Silva Vargas.

1. Copia de la decisión tomada por la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá, del 2 de noviembre de 2001.

1. Copia de la solicitud de medicamentos y/o servicios médicos no incluidas en el POS del 5 de enero de 2012.

1. Copia de la negación de solicitud de medicamentos y/o servicios médicos no incluidas en el POS del 23 de enero de 2012.

1. Decisiones judiciales.

1. Mediante fallo del 6 de febrero de 2012, el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, negó el amparo solicitado al considerar que la accionada no vulneró los derechos fundamentales del señor Pedro Antonio Silva Vargas, puesto que cumplió con todos los requerimientos realizados por el actor referente a su enfermedad, y en cuanto a la solicitud de una silla de ruedas, ésta fue negada por el Comité Técnico Científico al estar excluida del POS.

Igualmente, sostuvo el a-quo que según la Resolución 5261 de 1994, no se trata de una enfermedad catastrófica que requiera atención o tratamiento continuo con medicamentos o tratamientos especiales.

1. Mediante fallo del 6 de marzo de 2012, el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, en decisión de segunda instancia, decretó la anulación del fallo anterior, por cuanto no se vinculó a la Superintendencia Nacional de Salud, como lo solicitó la Secretaría de Salud

Distrital de Bogotá. De esa manera, ordenó la devolución del proceso a primera instancia para que se realizara el respectivo traslado a la entidad citada.

1. Mediante Auto del 12 de marzo de 2012, el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, vinculó a la Superintendencia Nacional de Salud, quien mediante escrito del 20 de marzo de 2012, informó que el servicio de silla de ruedas se encuentra dentro de las exclusiones del POS en forma taxativa, conforme el artículo 49 del Acuerdo 049 de la CRES, por lo tanto, la EPS no está en la obligación de asumir su cobertura.

Indicó que para estos casos, el Comité Técnico Científico deberá evaluar las solicitudes no incluidas en el POS, y para ello analizará las órdenes médicas y sus justificaciones, a fin de establecer su pertinencia.

Por último, afirmó que es el médico tratante quien precisará el diagnóstico y determinará el plan de manejo a seguir con el paciente teniendo en cuenta las condiciones de salud, ya que éste posee el conocimiento técnico científico y la experiencia necesaria para decidir el tratamiento.

1. Mediante fallo del 23 de marzo de 2012, el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, negó las pretensiones del accionante aduciendo los mismos argumentos iniciales.

1. EXPEDIENTE T-3.515.863

El señor Carlos Ortiz Cortés, actuando en nombre y representación de su hija Isabella Ortiz Urbano, presentó solicitud de amparo constitucional contra la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S., en adelante EPS S.O.S., invocando la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, los derechos de los niños y de petición, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no responder la solicitud de autorización de los gastos de transporte de su hija y de un acompañante, para

asistir a la valoración con especialista en un lugar distinto al de su residencia.

1. Hechos y razones de la tutela.

1. El accionante manifiesta que su hija es una niña de 8 años de edad, quien sufre de la enfermedad de pubertad precoz, dislipidemia, obesidad y trastorno endocrino, de los que viene padeciendo desde hace un año.

1. Sostiene que el 2 de febrero de 2012, el médico tratante le ordenó "valoración y manejo prioritarios por endocrinología pediátrica"

1. Afirma que la EPS S.O.S., con número de orden de servicio No. 37354213 del 14 de febrero de 2012, autorizó la valoración médica en la Fundación Infantil Club Noel, de la ciudad de Cali, Valle.

1. Dice que ante lo anterior solicitó a la EPS S.O.S., a través de un derecho de petición del 20 de febrero de 2012, le autorizaran los viáticos y transporte para la niña y un acompañante, pero a la fecha de la presentación de la tutela no se había obtenido respuesta alguna.

1. Agrega que no cuenta con los recursos necesarios para atender los gastos de transporte de su hija y un acompañante.

1. Fundamentos y pretensiones.

Solicita el accionante que se le amparen a su hija Isabella Ortiz Urbano los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, los derechos de los niños y de petición, y se ordene a la EPS S.O.S., asumir y autorizar los gastos de transporte y viáticos de la niña y de un acompañante, para que pueda asistir a la valoración con el especialista en la ciudad de Cali, Valle.

1. Actuación procesal.

Así mismo, llamó a declarar al señor Carlos Ortiz Cortés para determinar su condición económica y la de su núcleo familiar. Igualmente consideró procedente oficiar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Data Crédito, Cámara de Comercio, Oficina de Registros Públicos, Instituto Departamental de Tránsito, Secretaría Municipal de Tránsito, con el fin de que remitieran la información fiscal, financiera y patrimonial del accionante.

1. La EPS S.O.S., mediante escrito del 26 de marzo de 2012, manifestó que la EPS debe tener en cuenta el concepto del médico tratante para las autorizaciones de los medicamentos y/o procedimientos, dada la limitación de cobertura legal a la que están obligados. Dijo que efectivamente la niña Isabella Ortiz de 7 años de edad, se encuentra afiliada al POS en calidad de beneficiaria y que le fue diagnosticado pubertad precoz, dislipidemia, obesidad y trastorno endocrino, para lo cual se le ha brindado toda la atención de medicina general y especializada, como así lo demuestra la orden de servicio 37354213 del 14 de febrero de 2012, para valoración por endocrinología pediátrica, debidamente aprobada.

Agregó que el accionante solicitó la autorización de viáticos y gastos de transporte ambulatorio no POS, para lo cual no existe orden médica ni se encuentra hospitalizada, motivo por el cual no existe pertinencia médica por cuanto dicho servicio se encuentra excluido del POS.

Concluyó que debe declararse improcedente la acción de tutela toda vez que no se encuentra consumada la vulneración de los derechos fundamentales de la niña Isabella Ortiz.

1. El médico tratante, especialista en pediatría de la niña Isabella Ortiz, mediante escrito del 26 de marzo de 2012 aseguró que la valoración por el sub especialista es importante para confirmar el o los diagnósticos, con el fin de que se brinde el manejo adecuado y oportuno para de esa forma evitar el compromiso en su desarrollo físico, mental y sicosocial de la paciente.

1. Mediante escrito del 27 de marzo de 2012, la CRES confirmó la autorización de valoración y manejo prioritarios por endocrinología pediátrica especializada de la paciente.

1. Por otra parte, la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos con escrito del 22 de marzo de 2012, manifestó que revisada la base de datos no se encontró al señor Carlos Ortiz como titular de bienes inmuebles dentro de ese círculo de registro.

1. Así mismo, el Instituto Departamental de Tránsito del Quindío en escrito del 22 de marzo de 2012, informó que el accionante se encuentra inscrito como propietario de una motocicleta. De igual forma, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Armenia mediante escrito del 22 de marzo de 2012, certificó que el actor no aparece registrado con vehículo automotor alguno.

1. Igualmente la firma Computec S.A. mediante escrito del 23 de marzo de 2012, remitió la información crediticia del accionante.

1. La Cámara de Comercio de Armenia informó con escrito del 26 de marzo de 2012, que el accionante estuvo registrado como persona natural hasta el año 2009, fecha en que fue cancelado su registro.

1. Mediante escrito del 27 de marzo de 2012, la DIAN informó que una vez revisada la base de datos no se encontró registro en los aplicativos sobre presentación de declaraciones tributarias ni pago por concepto de impuestos.

1. Por último, el señor Carlos Ortiz Cortés rindió declaración el día 27 de marzo de 2012, donde informó que tenía 44 años de edad y vivía en unión libre. Aseguró que su grado de escolaridad era de bachiller y trabajaba como portero. Agregó que su hija viene padeciendo de la enfermedad desde hace más de un año y su pediatra le ordenó una valoración especializada que debía realizarse en la ciudad de Cali porque en Armenia no existe esa especialidad, y a pesar de que fue autorizada por la EPS, no cuenta con los recursos para el traslado y estadía de la niña y mucho menos para la persona que la iría a acompañar, ya que ellos viven en Circasia. Igualmente manifestó que la atención médica se la ha prestado en la IPS Clínica la Sagrada Familia. Insiste en que su hija presenta cambios hormonales notorios y que, aunque no tiene dolor, sí se encuentra afectada física y psicológicamente. Concluye que su núcleo familiar lo componen su esposa y sus dos hijas, y que ella gana el salario mínimo y él como portero devenga 876.000.oo lo que apenas alcanza para los gastos del hogar, pago de seguridad social y demás necesidades.

1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia del derecho de petición presentado a la EPS S.O.S., a través del cual el accionante solicita el cubrimiento de los viáticos a la ciudad de Cali, de fecha 20 de febrero de 2012.

1. Copia del resumen de la historia clínica de la niña Isabella Ortiz expedida por la Clínica La Sagrada Familia, de fecha 2 de febrero de 2012.

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Carlos Ortiz Cortés.

1. Copia de la orden de valoración y manejo prioritario por la especialidad de endocrinología pediátrica del 2 de febrero de 2012 expedido por el médico tratante de la EPS S.O.S.

1. Copia de la autorización del servicio prioritario por la especialidad de endocrinología pediátrica del 14 de febrero de 2012, expedido por la EPS S.O.S.

1. Copia de la tarjeta de identidad de la niña Isabella Ortiz.

1. Decisiones judiciales.

1. Mediante fallo del 28 de marzo de 2012, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes de Armenia, Quindío, concedió el amparo solicitado y requirió a la EPS S.O.S. para que dispusiera lo necesario con el fin de suministrarle a la niña Isabella Ortiz Urbano y a su acompañante, los gastos de transporte, alojamiento y alimentación en la ciudad de Cali, Valle, a donde debe trasladarse para que sea valorada por el especialista en endocrinología pediátrica, aclarando que la cita debe ser asignada para tempranas horas de la mañana, exonerándolos de todo tipo de copagos y cuotas moderadoras, garantizándole a la niña una

atención médica integral.

1. La segunda instancia estuvo a cargo del Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes de Armenia, Quindío, quien mediante fallo del 10 de mayo de 2012, revocó la sentencia de primera instancia al considerar que la negativa de la EPS S.O.S. no fue arbitraria sino que se basó en las normas legales, más si para la autorización del servicio de transporte se exige la orden de remisión emitida por el médico tratante. En cuanto a la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras, concluyó que el grupo familiar de la niña Isabella Ortiz no se encuentra en una posición que conduzca a deducir que los gastos de dichos aportes afectarán su derecho fundamental al mínimo vital.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Una vez relacionados los antecedentes, la Sala de Revisión observa que los problemas jurídicos de los casos aquí planteados se relacionan con la afectación al derecho a la salud y a la vida digna de los accionantes, concretamente, por la negación en el suministro de una silla de ruedas a una persona parapléjica y del servicio de transporte a una ciudad diferente al lugar de residencia de una niña, para asistir a la valoración especializada requerida por el médico tratante, y que de alguna forma afectan la posibilidad de que estos sean gozados efectivamente por los afectados.

La Sala tendría que establecer si las Entidades Promotoras de Salud accionadas vulneraron

los derechos fundamentales de los accionantes y por tanto, deberá examinar para cada caso si las respuestas de las EPS, se ajustan a las obligaciones establecidas por esta Corporación en materia de autorización de tratamientos, medicamentos o suministros excluidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo POS.

Previo al análisis de fondo se estudiará el tema relacionado con la legitimación en la causa por activa en caso de los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 86 de la Constitución Política, dispone que cualquier persona que se encuentre dentro del territorio nacional o se encuentre fuera de él, pueda interponer acción de tutela directamente o por quien actúe en su nombre, mediante un procedimiento preferente, informal y sumario2, cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

Esta Corporación ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

En ese sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, "quien actuará por sí misma o a través de representante".

Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos "cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa".

En efecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, dispone:

"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia acción. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud…"

En ese sentido se pronunció la Corte en Sentencia T-294 de 20043 en la cual reiteró los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, así:

“La Corte ha señalado que dos de los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela son: (i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.”

Sobre el particular, esta Corporación, a través de la sentencia T-552 de 20064, consideró que:

“la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades5, a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela. Esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela. (ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo, y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso”6

Ahora bien, respecto a la interposición de las acciones de tutela por parte de los niños, las niñas y los adolescentes a través de representante, no puede ser entendida de manera absoluta, al punto que es admisible que un tercero, llámese sociedad o Estado, en un momento determinado, represente sus intereses aún a pesar de contar éstos con sus padres como representantes legales. Así, el inciso 2º del artículo 44 de la norma constitucional, indica que “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”

En ese contexto, los niños, niñas y adolescentes, en nuestro Estado Social de Derecho, son titulares de una especial protección constitucional, por lo tanto, el requisito de legitimidad cuando se trata proteger sus derechos fundamentales, puede recaer en cualquier persona.

1. Visto lo anterior, y como quiera que los problemas jurídicos que se plantean ya han sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, esta Sala de Revisión reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia sobre la materia.

Para analizar y resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará el precedente constitucional agrupándolos de la siguiente forma: primero, el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud, en especial, para los niños, niñas y adolescentes; segundo, la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud – POS; tercero, las cuotas moderadoras no pueden ser obstáculo para acceder a los servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de asumirlos; por último, se analizarán los casos concretos.

1. El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud, en especial, para los niños, niñas y adolescentes.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (…) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social(…) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad."7

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (…)."8

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta9.

Ahora bien, respecto al derecho a la salud para los niños y niñas, el artículo 44 de la Carta Política nos indica que "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión"

Esta Corporación en sentencia T-075 de 199610, manifestó "Esta decisión del Constituyente obedece, no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño. Por su carácter de derecho fundamental, el Estado tiene entonces la obligación de garantizar la atención de la salud de los menores, bien porque las prestaciones que ello implica se hagan efectivas en forma directa, a través de entidades oficiales, o bien porque ellas se ofrezcan por intermedio de instituciones privadas o semioficiales."

De igual manera, en sentencia T-417 de 200711 esta Corporación señaló:

"En consecuencia, como el artículo 86 de la Constitución Política estableció que la acción de tutela es un mecanismo expedito para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados, es claro, como lo ha sostenido esta Corporación, que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, por tener expresamente la categoría de fundamentales en la Constitución, son autónomos para efectos de ser protegidos por el juez constitucional de manera directa por esta vía, pues, como ya se indicó, no requieren de la conexidad que sí necesitan otros derechos con alguno de rango fundamental para que proceda su protección por vía de tutela."

De esta forma, se puede concluir que es obligación especial del Estado proteger los derechos fundamentales de los niños y niñas, toda vez que se trata de un sector de la población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y proclive a abusos o maltratos.

Por otra parte el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, cuando define la seguridad social como "… un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (…)".

Inicialmente la Jurisprudencia consideró que el derecho a la salud era un derecho prestacional, y por tanto solo podía ser protegido por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En la Sentencia T-760 de 200813, la jurisprudencia de esta Corporación determinó "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 y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna."14

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: derecho y servicio público15, precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.16

En aplicación de los mencionados principios, se estableció el régimen subsidiado, constituido con el fin de satisfacer el derecho a la salud de la población "más pobre y vulnerable del país", mediante el pago por parte del Estado "de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad…"17

De igual manera, señaló como regla rectora del Sistema que "La afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago."18

Precisa así mismo, los tipos de participantes en el servicio: unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado, cada uno con características propias y sobre los cuales la Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades19, y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. Al primer tipo pertenece la población con capacidad contributiva y sus beneficiarios, administrado a través de las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.)20. Al segundo, y en aplicación del principio de solidaridad, se afilia la población sin capacidad contributiva; este régimen es administrado por las EPS-S. Y por último, pertenece también al Régimen de Seguridad Social la población simplemente "vinculada", condición temporal en la cual sólo pueden vincularse al régimen subsidiado, destinado a cubrir a la población pobre y vulnerable y, a sus grupos familiares que no tengan capacidad de cotizar; su administración está confiada a las direcciones locales, distritales y departamentales de salud.21

En efecto, el artículo 43.2 de la Ley 715 de 2001, señala que es competencia de los Departamentos y Municipios, garantizar el acceso a los servicios de salud de todas las personas que lo requieran. Establece entre otras funciones la de: "Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas." (subrayado nuestro).

En virtud de ello, igualmente ha considerado la Corte que el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales que demandan las personas que requieren atención en salud, a fin de garantizar la existencia misma y su derecho a vivir dignamente y que no cuentan con los recursos para tal fin, no está sujeta a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios. Por tal razón, si una persona bajo estas circunstancias demanda la atención idónea y oportuna, o requiere de un tratamiento, procedimiento, cirugía o medicamento, excluidos del Plan Obligatorio que rige su vinculación, debe ser atendido por la entidad que le preste el servicio, la cual puede exigir el reintegro de los gastos en que incurra en cumplimiento de lo anterior.22

En lo relacionado al funcionamiento de las EPS y del Régimen Subsidiado, y su responsabilidad en la prestación de los servicios médicos requeridos por sus afiliados, esta Corte ha indicado que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones", las direcciones

de salud territoriales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud, quienes a su vez, afiliarán a los beneficiarios del subsidio, y prestarán directa o indirectamente los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – POS-S, para lo cual deberán asumir un papel pedagógico con el fin de que los afiliados conozcan los procedimientos para acceder a estos beneficios.

En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela23.

1. La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS.

Como ya lo habíamos señalado, la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

El Plan Obligatorio vigente está conformado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, y actualizada mediante el Acuerdo 029 de 201124.

De otra parte, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que “las Entidades Promotoras de Salud –EPS– en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” Esto comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y de la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Lo anterior quiere decir, que a partir de esta ley, la responsabilidad de las EPS es la de asegurar la prestación de los servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio25, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.26

Como quiera que el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, señalando que es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.27

De esa forma la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, relacionado con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, que se encuentren expresamente dentro de las normas y los reglamentos antes citados.

Sin embargo, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha ordenado procedimientos por fuera del POS. Es el ejemplo de la Sentencia SU-480 de 199728, que estudió varios casos de enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena ante la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. En ella la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. Añadió que "En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (…) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida"29.

Posteriormente la jurisprudencia constitucional consideró el derecho a la salud como fundamental, en los casos en que estaban involucrados sujetos de especial protección como,

personas de la tercera edad, personas en condiciones de discapacidad y niños.

Es el caso de la Sentencia T-069 de 200530 estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, le fue ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual el actor solicitó a la entidad de salud el suministro de los elementos. Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos.

Siguiendo la misma línea de protección, en esa ocasión la Corte afirmó, que:

"la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; "por una parte, por ser un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta"31.

Posteriormente en la Sentencia T-1331 de 2005,32 la Corte se pronunció sobre el requisito según el cual los medicamentos deben estar formulados por el médico tratante adscrito a la EPS, y en donde el accionante alegó que debieron acudir a un médico particular, toda vez que en la red ofrecida por la EPS, no había la especialidad que requería la agenciada. Como quiera que la EPS no la desvirtuara, el Alto Tribunal Constitucional la dio por acreditada, y señaló que la falta de contratos con médicos especialistas no es justificación para que se omita la prestación de los servicios que requiere el paciente.

Es preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del plan obligatorio de salud; y tercero, los actores alegaron no tener

la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico.

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

"a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante33".

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio "requerir con necesidad", que antes de la Sentencia T-760 de 200834, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era "requerido" por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de "necesidad" del paciente.

Posteriormente la Corte35 aclaró, que requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, "requerir con necesidad". En ella, aclaró el concepto de "requerir"36 y el de "necesidad". Respecto al primero señaló que se concretaba en que "a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede

ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (…) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.37"

Este criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 200838, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió cuando precisó que:

"toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona."39

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.40

Igualmente ha indicado que "una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (…) con necesidad."41

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del

derecho a la salud.42

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el rembolso del servicio no cubierto por el POS.

En ese orden de ideas se puede concluir, que no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y que se excluya la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales. Por lo tanto, en principio, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrar los procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos que se requieran, siempre y cuando éstos sean vitales para preservar la salud y la vida en condiciones dignas de las personas.

1. Ahora bien respecto al suministro de elementos, esta Corporación ha indicado, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, y precisen de ello, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para llevar una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.

De manera que, es menester resaltar que este Tribunal a través de su jurisprudencia ha estudiado en varias oportunidades el tema del suministro de elementos e insumos, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de elementos indispensables para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, que debe ser facilitado aunque

no allegue al expediente formula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba el suministro del mismo.

Ejemplo de ello, en numerosas sentencias la Corte ha señalado lo siguiente:

“La Corte, en numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

En el presente caso, el juez de instancia sólo realizó el examen sobre la salud de la paciente, y concluyó que la negativa de la entidad, al no poner en peligro la salud o la vida de la señora Aldana, no violaba sus derechos fundamentales, y, por consiguiente, había que denegar la tutela.

Sin embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.

Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad

conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre". 43

Del mismo modo, esta Corporación en anteriores pronunciamientos y con base en el principio de atención integral ha ordenado el suministro de esta prestación sin que exista una orden médica que los prescriba.

Sobre ello esta Corporación ha sido enfática en señalar que:

"(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar"44

Y por último, frente a los sujetos de especial protección, la Corte reiteró su jurisprudencia en la Sentencia T-1024 de 201045, en la que la accionante solicitaba que la EPS cubriera los implementos, como silla de ruedas, pañales desechables, sondas de Netalón mensuales, guantes estériles, entre otros, para su madre de 82 años que presentaba paraplejía y por su avanzada edad no controlaba esfínteres. La Corte en esta ocasión confirmó que el derecho a la salud es fundamental para todo ciudadano no sólo para determinados grupos46: "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."

En la misma sentencia señaló, que una entidad de salud violaba el derecho si se negaba a

autorizar un servicio que no estuviera incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio de requería con necesidad, como ocurría en el caso concreto, en el que se logró acreditar la falta de capacidad económica para acceder a todos los implementos médicos necesarios que garantizaran una vida digna a la madre de la accionante47.

Ahora bien, teniendo en cuenta las citadas circunstancias, es preciso concluir que la Corte permite un margen de apreciación mucho más amplio, en orden a proteger efectivamente el derecho a la salud de aquellas personas que requieren con necesidad el suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas aun cuando no aparezcan incluidos dentro del POS.

1. Respecto al servicio de transporte tenemos que a partir del 1 de enero de 2010, se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, conforme a los artículos 33 y 34 del Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud para ambos regímenes, el cual dice:

“ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remisora.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Si en concepto del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente."

"ARTÍCULO 34. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el POS o POS-S según el caso, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las UPC respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca.

Como se observa, la inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del transporte para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es absoluta, dado que se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional48.

En los demás casos, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud. En éste evento, le corresponde al juez constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo para financiar el traslado, en los casos donde se acredite que "(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.49"

En ese sentido, esta Corporación en sentencia T-550 de 200950 ha reconocido que:

"(…)… la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así

como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar".

La jurisprudencia de esta Corporación, en T-1158 de 200151 trató el tema relacionado con los gastos que demanda el transporte y la manutención para hacer efectivos los tratamientos médicos, y plantea un desarrollo desde la perspectiva del principio de accesibilidad del afiliado al Sistema General de Seguridad Social, entendido como "la posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios o recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención en salud y a la seguridad social".

En la citada sentencia agregó, que "la accesibilidad y el acceso al servicio público de salud son un todo inescindible, siendo posible el amparo constitucional del derecho en aquellos casos donde se acredite la imposibilidad objetiva del suministro de los medios suficientes y adecuados para hacer uso de la atención asistencial".52

En sentencia T-346 de 200953, se recordó que la jurisprudencia constitucional ha señalado que todas las personas tienen el derecho a recibir la asistencia médica necesaria para la recuperación de su salud, situación que en algunos casos excepcionales puede conllevar incluso el servicio de transporte, siempre y cuando (i) ni el paciente ni la familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el mencionado servicio y (ii) que en caso de no otorgarse el medicamento, procedimiento o tratamiento, se amenace "la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario". De igual forma, citó que en algunas oportunidades se ha ordenado la prestación del transporte, junto con un acompañante, cuando el paciente (i) dependa totalmente del tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente "para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas" y finalmente, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero.

Igualmente, mediante sentencia T-391 de 200954, esta Corporación concedió el amparo solicitado por la madre de un niño que padecía síndrome de Down y con el fin "de facilitar el

desplazamiento en óptimas condiciones a las instalaciones en las cuales se presta el servicio médico integral requerido para la atención", ordenó a la EPS suministrar el valor del servicio de transporte del menor y de un acompañante. En esa ocasión dijo:

(…)

Por consiguiente, el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que requiera corresponde en primer término al usuario o en virtud del principio constitucional de solidaridad a sus familiares. No obstante, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud.

(…)

La Corte ha reconocido que los gastos de transporte de pacientes deben ser sufragados en los casos previstos por la legislación vigente tanto para el régimen subsidiado como para el contributivo, a saber: el Acuerdo 72 de 1997 'Por medio del cual se define el plan de beneficios del régimen subsidiado", literal d, artículo 7155 y la Resolución 5261 de 1994 "Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud' 56."

En cuanto al cubrimiento de gastos de traslado para el acompañante, esta Corporación señala que la protección procede cuando, atendiendo el concepto médico, el paciente requiere de un tercero para hacer posible su desplazamiento o para garantizar su integridad física y la atención de sus necesidades más apremiantes57. Al respecto señaló: "la autorización del pago del transporte del acompañante resulta procedente cuando (i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado"

En esos términos, se encuentra establecido que por vía de tutela se puede impartir la orden para que la empresa prestadora del servicio de salud cubra el transporte, ya sea urbano o de una ciudad a otra, del afiliado y de un acompañante, cuando el paciente lo requiera, de

forma que pueda recibir oportunamente los servicios médicos asistenciales.

Para concluir, es obligación del juez de tutela analizar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si se cumplen con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual, deberá ordenar los pagos de transporte que se requiera cuando se demuestre que carece de recursos económicos y su traslado para atender su salud es necesario para para su recuperación.

1. Las cuotas moderadoras no pueden ser obstáculo para acceder a los servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de asumirlos.

El artículo 49 de la Constitución Política determina que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, mediante el cual se debe garantizar "a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad".

Esta disposición constitucional fue desarrollada por el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, al establecer que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetas a pagos moderadores entendiendo por tales, pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.

Los pagos moderadores pueden ser de dos tipos: (i) de los afiliados cotizantes, los pagos moderadores sólo pueden ser aplicados con el objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema; (ii) y de los beneficiarios, tales son pagos que se le aplicarán para complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS.58

La Corte Constitucional ya había tratado el concepto de pagos moderadores como concepto genérico que incluye las distintas categorías de pagos que se realizan en el sistema. Así en sentencia T-973 de 200659 señaló:

"la normatividad prevé cuotas económicas adicionales a las cotizaciones que deben ser cubiertas por las personas usuarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS – para acceder a los servicios de salud. Dentro de dicha legislación el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece los pagos que deben efectuar los afiliados y beneficiarios del

régimen contributivo o subsidiado de salud dentro de los cuales se encuentran pagos moderadores que comprenden a su vez i) pagos compartidos-copagos-, ii) cuotas moderadoras y iii) deducibles"60

Uno de los principales motivos por el que las personas afiliadas o beneficiarias del régimen contributivo se ven obligadas a realizar pagos en el contexto del servicio de salud, es por requerir el tratamiento de enfermedades de alto costo que estén sujetas a un período mínimo de cotización.61 La ley 100 de 1993, luego de aclarar que en el Sistema de Seguridad Social en Salud las EPS no pueden aplicar preexistencias, establece que el acceso a la prestación de algunos servicios de salud de alto costo para quienes se afilien al sistema, podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización.62 Cuando una persona no cumpla con los períodos mínimos de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con la capacidad socioeconómica de la persona.63 Esta regla se reproduce en los mismos términos en la reglamentación,64 aunque en ella se añade un criterio de justicia adicional para determinar el monto del pago por no haber cotizado el período mínimo, a saber, el porcentaje de tiempo que falte cotizar.65

La Corte Constitucional mediante sentencia C-542 de 1998 declaró exequible el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, salvo la expresión "y la antigüedad de afiliación en el Sistema". Sin embargo, la constitucionalidad fue condicionada, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar los pagos moderadores 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".

El Acuerdo 260 de 2004, desarrolló la disposición contemplada en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, estableciendo definiciones más precisas de los tipos de 'pagos moderadores' que pueden existir. En primer lugar, el Acuerdo establece que el objeto de las 'cuotas moderadoras' es 'regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso', de tal suerte que se esté 'promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS.'66 En segundo lugar, señala que los 'copagos' son 'aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado' cuya finalidad es 'ayudar a financiar el sistema'.67 La norma también aclara que el primer tipo de

pagos moderadores –cuotas moderadoras– son para afiliados y beneficiarios, mientras que el segundo tipo –copagos–, son exclusivamente para los beneficiarios.68

La regulación indica que los montos de los pagos moderadores deberán definirse con base en 'el ingreso base de cotización del afiliado cotizante', advirtiendo que si existe más de un cotizante por núcleo familiar, el cálculo se hará con base en 'el menor ingreso declarado'.69 Adicionalmente, establece que los pagos moderadores (tanto las cuotas moderadoras como los copagos) deben 'aplicarse' de acuerdo con los principios de (i) equidad,70 (ii) información al usuario,71 (iii) aplicación general (de no discriminación),72 y (iv) de no simultaneidad.73

De forma específica, el Acuerdo fija dos límites a las cuotas moderadoras en mención; establece categóricamente que:

"en ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias, y 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".74

No podrán someterse a copagos (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"75

En el momento de la prestación de los servicios de salud,76 las instituciones encargadas deben tener en cuenta, que en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.77 Para la Corte, la falta de capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a "acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación".78

La Corte Constitucional en la sentencia SU-225 de 199879, decidió confirmar un fallo de instancia en el que se había tutelado el derecho a la salud de un menor, y se había ordenado al Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social, y a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, 'se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad,

disponiendo lo necesario para que de inmediato se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis'. En esta oportunidad, se consideró que de acuerdo con la jurisprudencia, que el juez constitucional "puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales."

De esta forma, la jurisprudencia ha considerado que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requieran los niños y niñas cuyos acudientes no cuenten con los recursos para cubrir esos gastos.

En la sentencia T-811 de 200680, la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la Ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en que cuenta que "las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación." En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada de prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

En ese sentido, todas las personas tienen el derecho constitucional a no ser excluidas del servicio de salud que requiera, cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o cuando requiera el servicio con necesidad, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir.

De esa manera, cuando una persona tiene que asumir un pago moderador (copago, cuota moderadora) o cuando el servicio requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica – parcial o total,

temporal o definitiva – para asumir el costo que le corresponde, en estas circunstancias, no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas.

1. SOLUCIÓN DE LOS CASOS CONCRETOS.

Los casos acumulados previamente expuestos, hacen referencia a situaciones en las que se alega la posible vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, por cuanto se obstaculiza el acceso a los servicios requeridos por negación en la autorización de los mismos. Por estos hechos, la Sala aplicará la jurisprudencia constitucional pertinente e indicará las medidas que se adoptarán de acuerdo con las circunstancias de cada uno de ellos, que a continuación se analizan:

1. EXPEDIENTE T-3.441.408

En el presente caso, de las pruebas aportadas tenemos que el señor Pedro Antonio Silva Vargas, quien cuenta con 45 años de edad y se encuentra afiliado a FAMISANAR EPS, quien presenta un diagnostico de paraplejia desde hace 19 años ocasionada por arma de fuego con nefrectomía izquierda.

Debido a lo anterior, asegura que viene usando una silla de ruedas prescrita para la práctica deportiva de baloncesto como único recurso para movilizarse dentro de su hogar y fuera de él, lo que le ha ocasionado fuertes dolores y calambres al punto de consultar con el médico especialista de la EPS.

Para el estudio del caso, es preciso señalar que la Corte Constitucional81 en reiteradas sentencias ha autorizado el suministro de elementos e insumos que si bien no son entendidos como un servicio médico, sí se tornan indispensables para la salud y el goce de una vida en condiciones dignas del solicitante, para lo cual las EPS o las entidades obligadas a su suministro están en el deber de facilitarlo aun cuando no aparezcan incluidos en el POS.

De igual forma esta Corporación ha señalado criterios que garantizan el acceso a los servicios excluidos en el POS: (i) que la falta del servicio amenace los derechos fundamentales a la vida o a la dignidad de la persona; (ii) que el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; (iii) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS; (iv) que el accionante no tenga la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico82.

Analizados los elementos probatorios, en el presente caso la Sala encontró que se configuran los presupuestos necesarios para que se conceda la acción, toda vez que:

1. En primer lugar, se encuentra demostrado que el señor Pedro Antonio Silva Vargas, le fue diagnosticado paraplejia desde hace 19 años ocasionada por arma de fuego con nefrectomía izquierda.

En efecto, en la Historia Clínica del señor Silva Vargas se encuentra registrado que padece de trauma raquimedular que le genera "Discapacidad para la marcha" para lo cual, se le ordenó "Silla de ruedas adulto sobre medidas y cojín antiescaras según prescripción anexa." Así mismo hace referencia, que ante la ausencia del procedimiento e insumo ordenado puede acarrear la existencia de un riesgo traumático posterior.

Para la Sala es evidente que el suministro de una silla de ruedas que cumpla con las prescripciones médicas es vital para el tratamiento de la enfermedad y movilidad del accionante, que considera que la EPS al no autorizar su entrega, vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Silva Vargas, toda vez su no utilización repercute directamente en el deterioro de su salud.

1. En segundo lugar, en el expediente de tutela consta que la silla de ruedas con las especificaciones de la misma, fueron ordenados por su médico tratante adscrito a la EPS a través de FAMISANAR EPS, como está demostrado en la solicitud individual de medicamentos y/o servicios médicos no incluidos en el POS del 5 de enero de 2012.

Consta que la EPS, a través de un "Formato de Negación de Servicio" del Comité Técnico

Científico, no autorizó el suministro de la silla de ruedas prescrito por el médico tratante por cuanto no está contenido en la cobertura del POS, de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 de la C.R.E.S., concluyendo que el CTC "… no está obligado a autorizar de manera automática cada solicitud del médico tratante". Lo cual vuelve indigna la existencia del accionante puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida y le impide desarrollarse plenamente.

1. Respecto al último requisito, para la Sala es claro que se trata de una persona de escasos recursos, y por su condición de discapacidad, se le imposibilita trabajar limitándolo a una dependencia económica que puedan brindarles sus familiares, y que si bien no aporta prueba dentro del proceso que demuestre su insolvencia económica, debe tenerse como cierta su afirmación teniendo en cuenta que ninguna de las entidades probó lo contrario, y en esta medida se tutelarán los derechos del beneficiario de esta acción.

Al tenor de estas consideraciones, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, el 23 de marzo de 2012 y, en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida digna del señor Pedro Antonio Silva Vargas. En consecuencia, ordenará a FAMISANAR EPS para que le sea suministrada la silla de ruedas con las prescripciones ordenadas por el médico tratante.

1. EXPEDIENTE T- 3.515.863

De los elementos probatorios allegados al proceso, se concluye que el señor Carlos Ortiz Cortés, actuando en nombre y representación de su hija Isabella, se encuentra vinculado al régimen contributivo por medio de la EPS S.O.S., en calidad de cotizante y la niña como beneficiaria.

Se encuentra probado que la niña Isabella Ortiz, cuenta con 8 años de edad, sufre de pubertad precoz, dislipidemia, obesidad y trastorno endocrino, según su historia clínica. Por esta razón, el médico pediatra le ordenó una "valoración y manejo prioritarios por endocrinología pediátrica", la cual fue debidamente autorizada por la EPS accionada con la

orden de servicio No. 37354213 del 14 de febrero de 2012, determinando que el procedimiento se debía realizar en la Fundación Infantil Club Noel, de la ciudad de Cali, Valle.

Como quiera que la valoración a la niña es indispensable para que se le inicie un tratamiento preservando la salud y la vida en condiciones dignas, y al no contar con los recursos necesarios para atender los gastos que ello genera, solicitó a la EPS la autorización del transporte y estadía para ella y un acompañante a la ciudad de Cali, con el fin de cumplir con la cita del especialista.

Ante la negativa de la EPS de asumir estos costos, el accionante presentó acción constitucional, a fin de que se ordenara a la entidad prestadora de salud, sufragar el costo del traslado y estadía para la niña y un acompañante a la ciudad de Cali, así como la exoneración de los copagos. Ésta fue negada, al considerar que la EPS accionada no tenía la obligación de suministrar los mencionados servicios, dado que se encuentran excluidos del POS.

A fin de proceder al análisis del caso, esta Sala, en primer lugar determinará: primero, si se encuentra probada la legitimación por activa de quien impulsó la acción constitucional; segundo, si es procedente cubrir los gastos de transporte y estadía de la niña y su acompañante como medio para acceder a un servicio de salud; y tercero, si hay lugar a la exoneración de los copagos

1. Legitimación por activa.

La Corte ha reiterado que un tercero podrá actuar como agente oficioso sin que medie poder para el efecto, en los casos en que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio, siempre que esta circunstancia se exprese en el escrito de tutela83.

Estudiando el caso que nos ocupa, la acción es interpuesta por el señor Carlos Ortiz Cortés, actuando en nombre y representación de su hija Isabella, por lo tanto, esta Sala encuentra que existe legitimación en la causa por activa, pues se demostró que el accionante es el

padre de la niña, quien actuó en su representación, situación que se enmarca en lo dispuesto en el artículo 306 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el aparte de fundamentos generales de esta providencia.

1. Procedencia del pago de los gastos de transporte y estadía de la niña y de su acompañante como medio para acceder a un servicio de salud.

En el presente caso, para la Sala de Revisión se encuentra probado que para la cita con el médico especialista a donde debe acudir la niña Isabella, requiere del transporte y estadía tanto de ella como de su acompañante, porque, en primer lugar, como la remisión fue ordenada a la ciudad de Cali por no existir otro lugar más cercano donde atendiera el médico pediatra especialista en endocrinología que requiere por su enfermedad; y segundo, por cuanto al tratarse de una niña de ocho años, es lógico que debe estar acompañada por una persona adulta, y en este caso, uno de sus padres.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado84 la viabilidad del servicio de transporte cuando se ha probado que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y, de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente.

En el caso que se estudia, se encuentra probado que el señor Carlos Ortiz Cortés, no cuenta con bienes inmuebles ni ingresos adicionales a su sueldo como portero, ganando lo necesario para cubrir los gastos de su hogar compuesto por su esposa y sus dos hijas.

Si bien en el expediente no aparece prueba alguna respecto a que la vida de la niña corra peligro por su inasistencia a la cita con el pediatra especialista, resulta claro que la valoración de su estado de salud y que fuera ordenada por la EPS, está directamente relacionada con su recuperación y mejoría de la enfermedad que padece.

En consecuencia, la petición realizada por el accionante resulta razonable y proporcionada pues no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y estadía de la niña y su acompañante a la ciudad de Cali y, éste, resulta ser la causa que impide que su hija reciba el servicio médico, máxime si se tiene en cuenta que su precaria

situación económica no fue controvertida por la entidad demandada.

Lo anterior, implica la vulneración del derecho a la salud de la niña dado que no ha podido acceder a los servicios que requiere aun cuando y

3.- Sí debe concederse la exoneración de los copagos.

En el presente caso, la niña Isabella Ortiz presenta una enfermedad de trastorno endocrino que requiere un procedimiento urgente y es claro que necesita de tratamientos constantes para mantener un nivel mínimo de vida digna, y de goce de su salud.

De lo analizado en las pruebas aportadas al proceso, observa la Sala, que el accionante en su condición de padre de la niña no puede asumir los gastos de los copagos del tratamiento, sin que se afecte directa y gravemente el mínimo vital de su núcleo familiar.

Si bien el accionante no aporta prueba dentro del proceso que demuestre su insolvencia económica debe tenerse como cierta su afirmación teniendo en cuenta que ninguna de las entidades probó lo contrario y en esta medida se tutelarán los derechos del beneficiario de esta acción.

Al respecto, la Corte85 ha sostenido:

“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, aun 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.”

Adicional a las razones expuestas, es importante atender que el beneficiario de esta acción de tutela es una niña, y por lo tanto goza de una especial protección constitucional en todos los ámbitos que puedan estar menoscabando su calidad de vida y su salud. Siendo esto así, es evidente que si el cobro de los copagos afecta su mínimo vital, así como a su núcleo familiar, éstos no pueden exigirse.

En esas circunstancias, la Sala considera procedente brindarle a la niña Isabella la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud y las citas con el especialista y los tratamientos médicos que requiere para proteger su salud y que pueda llevar una vida normal en condiciones dignas, y para ello también se debe garantizar los medios para la materialización efectiva del servicio.

En conclusión, la Sala encuentra que existe una violación de los derechos fundamentales de la niña Isabella Ortiz Urbano, por lo que se ordenará a la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S., cubrir los gastos de transporte y estadía en la ciudad de Cali, y la de un acompañante, para que pueda recibir la atención requerida.

Así mismo existe fundamento constitucional y legal para ordenar la exoneración de pagos por cuotas moderadoras o copagos por citas médicas, procedimientos, medicamentos y terapias que requiera la niña en razón de su enfermedad.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, el 23 de marzo de 2012 dentro del expediente T- 3.441.408 y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho a la salud y a la vida digna del señor Pedro Antonio Silva Vargas, por las razones expuestas en la presente sentencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a FAMISANAR EPS, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, suministre la silla de ruedas que requiere el señor Pedro Antonio Silva Vargas, con las prescripciones ordenadas por el médico tratante, por las razones expuestas en la presente sentencia.

TERCERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes de Armenia, Quindío, el 10 de mayo de 2012 dentro del expediente T-3.515.863 y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho a la salud y a la vida digna de la niña Isabella Ortiz Urbano, por las razones expuestas en la presente sentencia.

CUARTO.- ORDENAR a la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S., que en el término de

cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, asuma el pago de los gastos de traslado y estadía de la niña Isabella Ortiz Urbano y de su acompañante, para que pueda asistir a la cita médica ordenada por el médico tratante en la ciudad de Cali. Si para la fecha de notificación de esta providencia el paciente ya hubiere acudido a la cita, esta orden se aplica para nuevas ocasiones en que su médico tratante le prescriba acudir a una cita con un especialista en otra ciudad.

QUINTO.- ORDENAR a la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S., que preste los servicios integrales a la niña Isabella Ortiz Urbano, tal como lo ha venido haciendo, y sin cobrarle valor alguno por cuotas moderadoras o copagos para suministrar los procedimientos, medicamentos, terapias y demás prescripciones de los médicos tratantes.

SEXTO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 “La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a

las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. En resumen, la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo. // La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido materia." Sentencia T-416 de 1997, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Sentencia T-493 de 2007, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

3 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta oportunidad, la Corte estudió la legitimación por activa de un Director del Departamento Ambiental de Cartagena para interponer una acción de tutela contra una sentencia proferida por la jurisdicción civil, mediante la cual se declaró la prescripción adquisitiva de un bien de uso público.

5 Sentencia T-531 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

6 Sentencia T-552 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

7 Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

8 Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

9 C. P. art. 13.

10 MP. Carlos Gaviria Díaz.

11 MP. Álvaro Tafur Galvis.

12 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

13 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

14 Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

15 Sentencias T-134 del 28 de febrero de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 del 18 de julio de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

16 Sentencias T-207 del 12 de mayo de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 del 12 de septiembre de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 del 4 de diciembre de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

18 Artículo 153 inciso 2º Ley 100 de 1993.

19 Sentencia C-130 del 26 de febrero de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

20 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

21 Artículo 43.2 Ley 715 de 2001.

22 El artículo 201 de la Ley 100 de 1993, dispone que en sistema general de salud coexisten dos regímenes el contributivo y el subsidiado, el artículo 29 del Decreto reglamentario 806 de 1998 establece que la población pobre y vulnerable del País será afiliada al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, el artículo 30 de la misma disposición garantiza a los afiliados al régimen subsidiado el alcance progresivo de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo, y el artículo 31 del decreto en mención prevé que cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera un servicio no incluido en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir sus costos puede acudir a una entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado para demandar la prestación del servicio.

23 Sentencia T-1185 de 2005.

24 “El POS-C incluye un grupo de intervenciones para la protección de la salud, la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de patologías o condiciones de salud asociadas a enfermedad general o maternidad en las áreas de asistencia médica, odontológica, quirúrgica y farmacéutica. Las prestaciones del POS-C están descritas en un listado denominado “Manual de procedimientos e intervenciones del POS – MAPIPOS10 (Resolución 5261 de 1994) el cual también describe un grupo pequeño de exclusiones. Las

prestaciones farmacéuticas se definen mediante un manual de medicamentos y terapéutica determinado en acuerdos del CNSSS11. El POS-C incluye además de las prestaciones en salud, las prestaciones económicas por incapacidad laboral y por licencia de maternidad". Tomado de: Ministerio de la Protección Social. "Evaluación del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud Colombiano y Lineamientos para su Reforma" (2008).

25 Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

26 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

27 Sentencia T-775 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

28 MP. Alejandro Martínez Caballero.

29 SU480 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero.

30 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

31 Sentencias T-236 de 1998; T-1019 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

33 Sentencias SU-480 y T-640 de 1997, T-236 de 1998, SU-819 de 1999, T-1204 de 2000, T-683 de 2003, T-1331 de 2005, T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.

34 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

35 Sentencia T-760 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

36 Sentencia T-1204 de 2000, se ordenó a Colmena Salud EPS realizar el servicio requerido, el cual era un examen de carga viral. "(…) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos."

37 Sentencias T-760 de 2008, T-875 de 2008 y T-1024 de 2010.

38 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

39 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

40 Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

41Sentencia T-1204 de 2000, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

42 Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

43 Ver sentencias: T-099 de 1999, T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-965 de 2007, T-202 de 2008, T-437 de 2010, entre otras.

44 Sentencias: T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

45 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

46 Este criterio viene desde la Sentencia T-760 de 2008. Reiterado en Sentencias T-003 de 2009 y T-037 de 2010.

47 “En las sentencias T-899 de 2002, T-202 de 2008, T-975 de 2008, T-053 de 2009, T-352, T-437 y T-574 de 2010, entre otras, la Corte ha ordenado el suministro de tales elementos por tratarse de personas en debilidad manifiesta ante el hecho notorio y evidente de la incontinencia urinaria o la imposibilidad para valerse por si mismo propias de la avanzada edad o de quienes se encuentran afectados por patologías relacionadas con la próstata, la cadera, disfunción o parálisis cerebral, cuadriplejia o hemiplejia o cuando la persona afronta una enfermedad ruinosa o catastrófica, siempre que los peticionarios no cuenten con los recursos económicos para sufragarlos. En dichas oportunidades, se ha considerado que su provisión “más que obedecer a un tratamiento médico, tienen por finalidad dar un estado salubre y de bienestar de la persona que los requiere”, se constituyen en medios para garantizar la integridad personal y la vida digna de quien los necesita”.

48 El Acuerdo 09 de 2009 de la CRES.

49Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

50 MP. Mauricio González Cuervo.

51 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

52 Ibídem.

53 M. P. María Victoria Calle Correa

54 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

55 “El Acuerdo 72, art. 1, literal d señala: ARTICULO 1.- Contenidos del Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Subsidiado. El Plan Obligatorio de Salud Subsidiado comprende los servicios, procedimientos y suministros que el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a las personas aseguradas con el propósito de mantener y recuperar su salud.

La cobertura de riesgos y servicios a que tienen derecho los afiliados al Régimen Subsidiado es la siguiente:

“(…) “D. Transporte de pacientes:

“1. Pacientes de alto costo: cubre traslado de los pacientes hospitalizados por enfermedades de alto costo que por sus condiciones de salud y limitaciones de la oferta de servicios del lugar donde están siendo atendidos, requieran de un traslado a un nivel superior de atención.”

“2. Urgencias. Se cubre el costo del traslado interinstitucional de los pacientes a otros niveles de atención cuando medie la remisión de un profesional de la salud.”

56 En relación con el régimen contributivo la Resolución 5261 dispone: “ARTICULO 2o. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.

“PARAGRAFO. El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional

en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio mas cercano que cuente con el. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S."

57 SentenciaT-197 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

58 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993.

59 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

60 Ver sentencias T-617 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería; T-734 de 2004 Manuel José Cepeda Espinosa.

61 De acuerdo con el Decreto 1938 de 1994, Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994, período mínimo de cotización '[e]s el tiempo que transcurre entre el momento de la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y el inicio de la atención para ciertas enfermedades de alto costo en su manejo, que sean demostrables por algún medio diagnóstico, que el afiliado conozca de su existencia, o que se demuestre su existencia por la historia clínica, la anamnesis o el examen del paciente.'

62 Artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

63 Artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

64 El artículo 61 del Decreto 806 de 1998 regula los 'períodos mínimos de cotización' al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo.

65 El artículo 61 del Decreto 806 de 1998 advierte en el primer inciso de su parágrafo que

‘cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.’

66 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 1°.

67 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 2°.

68 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 3°. ‘Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos.

69 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 4°. ‘Ingreso base para la aplicación de las cuotas moderadoras y copagos.

70 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (1) ‘Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.’

71 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (2) ‘Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad. En todo caso, las entidades deberán publicar su sistema de cuotas moderadoras y copagos anualmente en un diario de amplia circulación.’

72 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (3) ‘Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.’

73 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 5°. (4) No simultaneidad. En ningún caso podrán aplicarse simultáneamente para un mismo servicio copagos y cuotas moderadoras.

74 Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 6°, parágrafos 1° y 2°.

76 El artículo 185 de la Ley 100 de 1993, se establece que las Instituciones Prestadoras de

Servicios de Salud, IPS, tienen por función 'prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.'

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

78 Ley 100 de 1993 artículos 187 y 188 'Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios'

79 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, SV Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Antonio Barrera Carbonell.

80 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

81 Sentencias T-202- de 2008, T-437 de 201, entre otras.

82 Sentencias SU-480 y T-640 de 1997, T-236 de 1998, SU-819 de 1999, T-1204 de 2000, T-683 de 2003, T-1331 de 2005, T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.

83 Sentencia T-294 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

84 Sentencia T-760 de 2008

85 Entre otras la sentencia T-158 de 2008 MP. Rodrigo Escobar Gil.