

Sentencia T-815/12

PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Naturaleza jurídica/EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas jurisprudenciales

La acción de tutela procede para solicitar la protección del derecho fundamental a la salud, siempre y cuando se cumplan con los requisitos señalados por la jurisprudencia. En el caso de los copagos, en principio estos deben ser cobrados por las entidades prestadoras de salud, sin embargo, no pueden convertirse en una barrera de acceso a través de la cual se nieguen servicios sujetos al principio de necesidad, esta circunstancia debe valorarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta las reglas probatorias esbozadas para analizar la capacidad de pago, previamente expuestas

Referencia: expedientes T-3480878 y 3482209

Acciones de tutela instauradas por Yhinguíola Abaunza Abaunza contra Compensar EPS y por María Elena Sevillano, en representación de su hijo Christian Arnulfo Botache Sevillano, contra la EPS Servicio Occidental de Salud SOS

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, dieciséis (16) de octubre de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado 49 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado 29 Civil Municipal de Cali, correspondientes al trámite de las acciones de amparo constitucional impetradas por Yhinguola Abaunza Abaunza contra Compensar EPS y por María Elena Sevillano, en representación de su hijo Christian Arnulfo Botache Sevillano, contra la EPS Servicio Occidental de Salud SOS.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-3480878

1. Hechos

1.1. Afirma la señora Abaunza que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, desde hace aproximadamente 5 años.

2.2. En el 2008 le fue diagnosticada una deficiencia renal crónica, por lo que el 28 de mayo de 2010 fue sometida a un transplante de riñón y a partir de esa fecha requiere de controles médicos mensuales.

2.3. Indica la accionante que en el mes de octubre de 2011 le informaron que debía cancelar la suma de \$42.400 pesos por concepto de copago o cuota moderadora en cada control médico, correspondiente al 10% del valor total de la consulta. Lo anterior sin tener en cuenta que padece de una enfermedad de alto costo y catastrófica.

2.4. Por lo demás, también afirma que dada su patología no ha podido volver a trabajar pues no consigue empleo y, por lo tanto, no cuenta con recursos económicos para solventar el valor de los copagos. Agrega que convive con su marido, el cual devenga como trabajador independiente un salario mínimo que es utilizado para pagar la alimentación y los servicios públicos de la familia, que incluye un hijo menor.

2.5. Con fundamento en lo anterior, la accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud y, en consecuencia, pide que se ordene a Compensar EPS que la exonere de los copagos y autorice el tratamiento integral frente a la insuficiencia

renal crónica que padece. De manera “que en el evento que el tratamiento, exámenes, medicamento (sic) y procedimientos médico quirúrgicos posteriores ordenados por los médicos tratantes, [que] se encuentre[n] por fuera del POS, o no cumplan con las semanas mínimas exigidas, la EPS accionada debe autorizarlos, valga decir consultas, servicios médicos quirúrgicos, farmacéuticos, terapéuticos y hospitalarios, y en fin los que sean necesarios para que sea tratada en su integridad la enfermedad que padezco, a fin de conservar mi vida en condiciones dignas sin hacer mas gravosa mi situación.”¹

2. Documentos relevantes que obran en el expediente

- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.²
- Copia del carné de afiliación a Compensar EPS.³
- Copia de exámenes de laboratorio correspondientes al mes de agosto de 2011.⁴
- Copia de los recibos de los copagos realizados en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011 y de enero y febrero de 2012.⁵
- Copia de la historia clínica de la accionante, en donde se evidencia que le fue realizado un transplante renal.⁶

3. Contestación de la demanda

Compensar EPS dio respuesta a la acción de tutela indicando que, la accionante se encuentra afiliada a la entidad en calidad de beneficiaria de su esposo, con un Ingreso Base de Cotización de quinientos sesenta y siete mil pesos (\$567.000).

A su vez corroboró que inicialmente fue atendida por la entidad por presentar cefalea y deficiencia renal, luego de lo cual le fueron realizados varios exámenes que terminaron con el transplante de riñón en el año 2010.

Respecto del cobro de los copagos, se señaló que su fundamento se encuentra en el Acuerdo 260 de 2004 y en el artículo 160 de la Ley 100 de 1993, normatividad que establece que su porcentaje debe corresponder al 11.5% del servicio prestado cuando el Ingreso Básico de Cotización es inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. En todo caso, su valor

máximo por evento es de \$162.643 pesos y un máximo por año de \$325.853. En virtud del artículo 7° del Acuerdo 26 de 2004, están exoneradas de copagos las enfermedades catastróficas –tal como lo manifestó la accionante– pero, en el caso de controles médicos y demás tratamientos postransplante, diferentes a la diálisis peritoneal y hemodiálisis, se debe proceder a su pago. Dicha obligación debe ser asumida por el cotizante en aras de mantener la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En criterio de la empresa demanda, la acción de tutela no está llamada a prosperar, por cuanto se le ha reconocido a la accionante todos los servicios médicos requeridos. En relación con el tratamiento integral, solicitó que el amparo sea negado, ya que versa sobre hechos futuros, aleatorios e inciertos frente a los cuales no existe orden médica. No obstante, en caso de que se resuelva tutelar los derechos invocados por el accionante, solicita se ordene el recobro de los mismos al FOSYGA.

2. Expediente T-3482209

1. Hechos

2.1. La señora María Elena Sevillano, actuando como agente oficiosa de su hijo menor discapacitado Christian Arnulfo Botache Sevillano, afirma que éste se encuentra afiliado como beneficiario al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, en la EPS Servicio Occidental de Salud SOS.

2.3. Indica que la EPS le exige el pago de cuotas compartidas y cuotas moderadoras cada vez que le presta un servicio de salud al menor, las cuales no puede sufragar pues carece de ingresos, es madre cabeza de familia y se encuentra impedida para trabajar, ya que debe quedarse en el hogar cuidando a sus dos hijos que tienen discapacidad, esto es, Christian Arnulfo quien tiene una discapacidad física, como ya se mencionó, y una hija de 23 años con síndrome de Down.

2.4. Con fundamento en lo anterior, la accionante solicita la protección de los derechos fundamentales de su hijo a la vida digna, a la salud, a la seguridad social y a los derechos de los niños y, en consecuencia, pide que se ordene a la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, que se abstenga de realizar cobros por concepto de cuotas moderadoras o copagos. Asimismo, requiere que se ordene a la EPS que autorice la atención de enfermería durante

las 24 horas del día.

2. Documentos relevantes que obran en el expediente

- Copia de la tarjeta de identidad del menor Botache Sevillano, donde se observa que éste nació en febrero de 1996.⁷
- Copia de fórmulas médicas en las que se ordena el uso de toxina botulínica, silla de ruedas y enfermera auxiliar por 12 horas al día durante 3 meses.⁸
- Copia de tres pagarés firmados por la accionante a favor de la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, que ascienden a la suma de 327.717 pesos, por concepto de copagos de servicios y consultas.⁹
- Copia de la historia clínica del menor Botache Sevillano, en la cual se observa que es un paciente con antecedentes de trauma a nivel cervical, con cuaraplejia y difícil manejo de la vía urinaria.¹⁰
- Copia de la tarjeta de identidad de María Angélica Amaya Sevillano.
- Copia de concepto médico que establece que la señora María Angélica Amaya padece de síndrome de Down.

3. Contestación de la demanda

Por medio de apoderado la entidad accionada dio respuesta a la acción de tutela solicitando que se declarará su improcedencia, pues –según afirma– no ha vulnerado ningún derecho fundamental. En su criterio, las pretensiones de la accionante son de contenido meramente económico, lo que conduce a su improcedencia.

En relación con la pretensión de ordenar la atención de enfermería durante las 24 horas del día, señala que la prescripción del médico tratante fue por el término de 3 meses por 12 horas diarias; atención que ya fue autorizada por la entidad prestadora de salud. De manera que no es posible que se establezca dicho servicio por 24 horas, pues no hay una orden médica que respalde esa pretensión. Por lo demás, afirma que no se le ha negado ningún tratamiento o procedimiento al menor, por lo que la acción no está llamada a prosperar.

Frente a la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, la entidad advierte que estos tienen como finalidad lograr la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social y racionalizar el uso de los servicios del Sistema, por lo que la normatividad vigente exige su cobro a todos los usuarios que sean parte del régimen contributivo. Si bien reconoce que la normatividad vigente contempla algunas excepciones, estima que ellas no operan en el caso bajo estudio.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Expediente T-3480878

El 19 de marzo de 2012, el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, al estimar que las personas afiliadas al régimen contributivo tienen la obligación de cancelar los copagos y cuotas moderadoras, de acuerdo con el marco legislativo vigente. Sobre la materia consideró que las únicas personas que están exentas de dichos pagos son aquellos beneficiarios del SISBEN nivel 1. Adicionalmente, señaló que si bien es cierto que la señora Abaunza padece de una enfermedad catastrófica, no probó su incapacidad económica, por lo que no es posible conceder el amparo tutelar.

En todo caso, el juez de instancia le ordenó a Compensar EPS brindarle a la accionante el tratamiento integral que requiera respecto de la insuficiencia renal crónica, pues se trata de una enfermedad catastrófica que requiere de especial atención. En este orden de ideas, le impuso a la EPS la obligación de autorizar los exámenes, medicamentos, servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, terapéuticos y hospitalarios que le sean ordenados por el médico tratante, sin importar si se encuentran incluidos o no en el POS y autorizó su recobro al FOSYGA, en lo referente a las erogaciones que no estén comprendidas en dicho plan obligatorio.

2. Expediente T-3482209

El 10 de febrero de 2012, el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Cali, denegó el amparo

impetrado por la accionante, por considerar que en el presente caso no se cumplen los requisitos jurisprudenciales ni legales para que proceda la exoneración de copagos. Adicionalmente, afirmó que el menor no padece de una enfermedad catastrófica y su madre no probó la insuficiencia de recursos para sufragar el valor de los copagos.

III. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. Los expedientes fueron seleccionados y acumulados por medio de Auto del 14 de junio de 2012 proferido por la Sala de Selección número Seis, con el fin de que sean resueltos en una única sentencia, en razón de la similitud de los hechos alegados.

2. Planteamiento del problema jurídico

A partir de las circunstancias fácticas que dieron al ejercicio de las acciones de tutela y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, esta Corporación debe dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

¿Compensar EPS desconoce los derechos fundamentales a la vida digna y a la seguridad social de la señora Abaunza Abaunza, al no autorizar el tratamiento integral en salud que requiere, teniendo en cuenta que padecía de insuficiencia renal crónica y es paciente con transplante renal?

¿La EPS Servicio Occidental de Salud SOS vulnera los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y a los derechos de los niños, por no autorizar el servicio de enfermería las 24 horas, teniendo en cuenta que el menor Christian Arnulfo Botache Sevillano no tiene movilidad en sus miembros inferiores y superiores, presenta problemas de control de esfínteres y su madre no cuenta con los ingresos necesarios para sufragar una ayuda profesional?

Con el propósito de dar respuesta a los citados interrogantes, esta Corporación (i) reiterará la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud; luego (ii) recordará la naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y de las hipótesis en las que cabe su

exoneración; y, por último, (iii) resolverá el caso concreto.

3. La protección del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia

3.1. La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, consagra el derecho a la seguridad social y lo describe 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”. En desarrollo de este mandato constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se reglamenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se prevé que todo colombiano será beneficiario de éste, como afiliado al régimen contributivo¹¹ o subsidiado¹² o, en su defecto, en calidad temporal de persona vinculada.¹³

Dada la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de la salud, en numerosas oportunidades la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público¹⁴, las cuales se deben atender conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad¹⁵.

Frente a su reconocimiento como derecho, inicialmente la jurisprudencia de esta Corporación, le otorgó a la salud un carácter eminentemente prestacional, cuya protección vía tutela sólo era procedente cuando su vulneración implicaba la afectación de derechos fundamentales, como la vida, la dignidad humana o la integridad personal¹⁶.

Sin embargo, en años recientes, la jurisprudencia ha replanteado dicha concepción y ha reconocido la procedencia del amparo vía tutela del derecho a la salud cuando el mismo se traduce en un derecho de contenido subjetivo. Al respecto, en la sentencia T-126 de 2010 se señaló que:

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

salud es un derecho fundamental autónomo:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[16] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. (...)”¹⁷

De conformidad con lo expuesto, en criterio de la jurisprudencia, es claro que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo (visto en su condición de derecho subjetivo), el cual puede ser invocado directamente en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado. De esta manera, la Corte ha indicado que la protección por vía del amparo constitucional procede en los casos en que dicho servicio se ajusta al principio de necesidad, esto es, cuando el médico tratante lo ordena, bajo el entendido de que el servicio o tratamiento es indispensable para conservar la salud, la vida digna o la integridad personal del paciente.¹⁸

Ahora bien, como ya se mencionó, en vista de que los recursos económicos con que cuenta el Sistema General de Seguridad Social son limitados y deben ser asignados cuidadosamente, existen en el ordenamiento jurídico unos planes de cobertura impuestos de forma obligatoria por el sistema de salud. La inclusión en estos planes se basa en el perfil epidemiológico de la población colombiana y comprende aquellos medicamentos y tratamientos que son requeridos con mayor intensidad y frecuencia por parte de los asociados. De esta manera, la garantía en la cobertura de los servicios de salud, está en principio sujeta al suministro de los servicios y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio

de Salud (POS)¹⁹, en la atención de urgencias, etc.²⁰

3.2. A partir del reconocimiento de la existencia de planes de cobertura, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la protección por vía de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud²¹, procede i) cuando hay una falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios de salud y la negativa no tiene un fundamento estrictamente médico²²; ii) cuando no se reconocen prestaciones excluidas de los planes obligatorios que son urgentes y la persona no puede acceder a ellas por incapacidad económica²³; y, iii) excepcionalmente, en los casos en los cuales se solicita el reconocimiento de un tratamiento integral para una patología²⁴.

3.2.1. Frente al segundo escenario, la jurisprudencia ha indicado que la procedencia de la acción de tutela –en el caso de servicios o medicamentos que no estén incluidos en el POS– requiere acreditar lo siguiente:

“(i) si no se autoriza el servicio de salud pedido se pone en riesgo [la] vida o se desmejoran [las] condiciones de salud; (ii) no existe dentro del POS o POS-S otro medicamento, tratamiento o procedimiento con el mismo nivel de efectividad por el cual pueda ser reemplazado; (iii) el usuario carece de los recursos económicos para sufragar el costo del servicio de salud que requiere; y (iv) dicho medicamento, tratamiento o procedimiento fue prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS o EPS-S.”²⁵

“En adelante, para simplificar, se dirá 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 [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,²⁶ como en el régimen subsidiado²⁷, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección²⁸, a la enfermedad que padece la persona²⁹ o al tipo de servicio que ésta requiere.³⁰”³¹”³²

3.2.2. Frente al tercer escenario, esto es, en relación con el reconocimiento de tratamientos integrales, es importante tener en cuenta que dicha pretensión se encuentra relacionada con el principio de integralidad del derecho a la salud³³, por el cual se establece en cabeza del

Estado y de las entidades encargadas de prestar el servicio, el deber de asegurar y de propender por la mejoría en las condiciones de salud y de calidad de vida de los habitantes del territorio nacional³⁴. En términos prácticos, este principio implica que el servicio de salud debe ser prestado de forma eficiente, por lo que se deben autorizar “todos los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su enfermedad y que sean considerados como necesarios por el médico tratante.”³⁵

De igual forma, en la sentencia T-576 de 2008 se precisó el contenido de este principio, en los siguientes términos:

“16.- Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este (...) ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente³⁶.

En esta sentencia también se precisaron las facetas del principio de atención integral en materia de salud. Al respecto, se dijo que:

“A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.[16] La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones

orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.”

De manera que el amparo por medio de la acción de tutela del tratamiento integral es procedente, siempre y cuando i) el conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones del paciente hayan sido previamente determinadas por el médico tratante³⁷ y ii) se esté en presencia de sujetos de especial protección constitucional³⁸ o de personas que padezcan enfermedades catastróficas³⁹. En casos excepcionales, la jurisprudencia ha ordenado el tratamiento integral cuando las personas exhiben condiciones extremadamente precarias o indignas y requieren de un tratamiento integral en salud en aras de superar dicha situación⁴⁰.

3.3. En el caso de las personas con discapacidad, en la sentencia T-574 de 2010, se señaló que la Constitución Política de 1991 las reconoció como sujetos de especial protección, en virtud de lo previsto en los artículos 1341 y el 4742 del Texto Superior. Textualmente, se expuso que:

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

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

“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).”⁴³

Por su parte, en la Sentencia T-197 de 2003, en cuanto a la necesidad de protección respecto de aquellas personas que sufren problemas de salud, se esgrimió lo siguiente:

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

Finalmente, en la Sentencia T-818 de 2008⁴⁴ se concluyó que:

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

4. Naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y de las hipótesis en las que cabe su exoneración

4.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, específicamente la Sentencia T-760 de 2008, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud vulnera los derechos de los pacientes, si exige como condición previa para acceder a éstos la cancelación de los pagos moderadores previstos en la Ley, cuando el interesado carece de capacidad económica para asumirlos.

Esta Corporación, como ya se dijo, ha reconocido que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiere (i) cuando los mismos se encuentran previstos en el Plan Obligatorio de Salud, o (ii) cuando su exigibilidad responde al principio de necesidad y la persona que lo solicita no está en capacidad de asumir su pago. Esto ocurre, por ejemplo,

cuando el servicio requerido no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, o cuando se tiene que hacer un copago o una cuota moderadora.

De esta manera, toda persona tiene el derecho constitucional a no ser excluida del acceso a los servicios de salud, por lo que no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero, cuando carece de capacidad económica para sufragarlas. La Constitución Política, en el artículo 49, establece que la ‘atención de la salud’ es un servicio público a cargo del Estado, el cual 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’.

4.2. En desarrollo del citado precepto constitucional, el legislador estableció que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetas a ‘pagos moderadores’ entendidos como ‘pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles’ (artículo 187 de la Ley 100 de 1993)⁴⁵. Los ‘pagos moderadores’ pueden ser de dos tipos: aquellos dirigidos a ‘racionalizar’ los servicios y aquellos previstos para ‘complementar la financiación de los servicios prestados’⁴⁶. En el caso de los afiliados cotizantes, el legislador advierte que los ‘pagos moderadores’ sólo pueden ser aplicados con el objeto exclusivo de ‘racionalizar el uso de [los] servicios del sistema’; mientras que, en tratándose de los beneficiarios, tales pagos también se podrán aplicar con el propósito de ‘complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS’.⁴⁷

De esta manera, el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece la diferencia que existe entre ellas. Al respecto señala que, las primeras se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, y tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, con el propósito de promover en los afiliados la inscripción a los programas de atención integral desarrollados por las EPS; al paso que las segundas, esto es, las cuotas moderadoras, se aplican única y exclusivamente a los beneficiarios, y representan una suma de dinero que corresponde a una parte del valor del servicio demandado, con el fin de ayudar a financiar el sistema.

4.3. Así, en criterio de la Corte, el citado Acuerdo busca, por un lado, con el establecimiento de las cuotas moderadoras, racionalizar el acceso al Sistema General de Seguridad Social en

Salud por parte de los afiliados y sus beneficiarios, evitando desgastes innecesarios en la prestación del servicio, y, por el otro, en relación con los copagos que se exigen a los beneficiarios, que una vez se haya ordenado la práctica de algún examen o procedimiento, se realice una contribución, de conformidad con un porcentaje establecido por la autoridad competente, con la finalidad de generar otro aporte al sistema y fortalecer su financiación⁴⁸.

En el mencionado Acuerdo se regulan los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, así mismo se establecen los principios que rigen su aplicación. De conformidad con el artículo 5 del citado Acuerdo, los siguientes principios básicos que rigen los copagos son:

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

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

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

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

Por lo demás, el artículo 4 del Acuerdo 260 de 2004 dispone que, en el régimen contributivo, las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de

cotización del afiliado cotizante. En relación con los copagos, en el artículo 9, se establece que el valor por año calendario permitido se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con los parámetros que, para cada evento, se fijan en la misma disposición⁴⁹. En el artículo 10 se establece el tope máximo de copagos por afiliado beneficiario por año calendario. Tratándose de afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor del copago será del 11.5% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que el cobro por un mismo evento exceda del 28.7% del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo como tope máximo anual el 57.5% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor del copago será del 17.3% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que exceda del 115% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por un mismo evento. Por último, para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor del copago será del 23% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que por un mismo evento exceda del 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004, están sujetos al cobro de copagos todos los servicios que se establezcan en el plan obligatorio de salud, con excepción de: “1. Servicios de promoción y prevención; 2. Programas de control en atención materno infantil; 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles; 4. Enfermedades catastróficas o de alto costo; 5. La atención inicial de urgencias y, 6. Los servicios que, conforme al artículo 6 del Acuerdo están sujetos al cobro de cuotas moderadoras.”

4.4. Destaca la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, al momento de la prestación de los servicios de salud, las instituciones encargadas deben tener siempre en cuenta la voluntad expresa y manifiesta del legislador, de acuerdo con la cual ‘en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres’⁵⁰. Así las cosas, el no tener capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para acceder al servicio, pues toda persona tiene el derecho a disfrutar del mismo “sin ningún tipo de discriminación”.⁵¹

En este orden de ideas, la Corte ha establecido los siguientes requisitos que permiten eximir

a un afiliado de la obligación de realizar los pagos compartidos y las cuotas moderadoras, como resultado de la vulneración de algún derecho fundamental, a saber: “(i) cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor⁵² y (ii) cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio”⁵³.

No obstante, “se encuentran por fuera de esta hipótesis las personas que tienen la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora y la capacidad para realizar efectivamente el pago antes de recibir el servicio requerido, puesto que en estos eventos dicha cuota no constituye un obstáculo para acceder al servicio médico, lo que hace improcedente el amparo por vía de tutela.”⁵⁴

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

De este modo, de presentarse una acción de tutela, las EPS deben aportar la información al juez de amparo constitucional, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o frente a los cuales se alegue la imposibilidad de asumir el valor de los pagos moderadores. En caso de no hacerlo, el operador judicial, debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica. Sin embargo, se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. Las reglas aplicables han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

a. La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos⁵⁵. Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas se tengan como prueba suficiente.

b. Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante⁵⁶, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado⁵⁷. Asimismo, en este escenario es necesario que el juez de tutela revise el valor y periodicidad de los copagos y de las cuotas moderadoras, en aras de establecer cuan gravosa es la erogación económica en atención a los ingresos del accionante.

4.6. De lo anterior se concluye que la acción de tutela procede para solicitar la protección del derecho fundamental a la salud, siempre y cuando se cumplan con los requisitos señalados por la jurisprudencia. En el caso de los copagos, en principio estos deben ser cobrados por las entidades prestadoras de salud, sin embargo, no pueden convertirse en una barrera de acceso a través de la cual se nieguen servicios sujetos al principio de necesidad, esta circunstancia debe valorarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta las reglas probatorias esbozadas para analizar la capacidad de pago, previamente expuestas.

5. Análisis de los casos concretos

5.1. Expediente T-3480878

5.1.1. En el asunto sometido a decisión, la Sala se encuentra frente al caso de una mujer de 26 años de edad, vinculada como beneficiaria al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, adscrita a Compensar EPS, la cual dice padecer de insuficiencia renal crónica. De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, a la fecha le fue realizado un

transplante de riñón en el mes de mayo de 2010. A partir de ese momento debe acudir mensualmente a control médico. Indica que desde el mes de octubre de 2011 en los controles mensuales que debe acudir le comenzaron a cobrar copagos, los cuales no puede sufragar pues carece de recursos y se encuentra desempleada. Con fundamento en lo expuesto, solicita ser exonerada de la cancelación de los pagos moderadores y, además, que se cubra el tratamiento integral necesario para atender su patología.

En respuesta a la acción de tutela, la empresa demandada informó que a la fecha no se le ha negado el servicio de salud a la accionante y que el cobro de los copagos se hace con base en la normatividad vigente, teniendo en cuenta que está vinculada al régimen contributivo del sistema de salud en calidad de beneficiaria. Adicionalmente, estableció que el Ingreso Base de Cotización por el cual aporta el esposo de la demandante es de 567.200 pesos.

El juez de instancia negó el amparo. En todo caso, ordenó el tratamiento integral, incluyendo servicios no POS, frente a los cuales decretó su recobro a cargo FOSYGA.

5.1.2. Teniendo en cuenta los hechos descritos y los fundamentos esgrimidos en esta providencia, la ley ha determinado que “los pagos moderadores no podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”⁵⁸. De manera que, cuando la persona necesita un servicio médico y carece de la capacidad económica para asumir su costo, la EPS deberá asegurar el acceso a dicho servicio asumiendo la totalidad del valor del pago moderador. Ahora bien, frente a las reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de los pacientes que aducen no tenerla, como ya se mencionó, en primer lugar, es deber de la EPS desvirtuar la afirmación de incapacidad de pago del accionante. En caso de que la EPS no se pronuncie al respecto, el juez de tutela puede presumir la veracidad de las afirmaciones realizadas por el accionante. Asimismo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta otros indicios como lo son el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo como beneficiario, el hecho de ser sujeto de especial protección, etc.

En el presente caso, la EPS informó que la accionante es beneficiaria del régimen de salud con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. Igualmente, la accionante advirtió que ella y su hijo dependen económicamente de su esposo, de manera que no cuenta con los recursos necesarios para sufragar el valor de los pagos moderadores

correspondientes a los controles médicos a los cuales debe asistir mensualmente.

Frente a lo anterior encuentra la Sala que la accionante debe acudir mensualmente a una cita médica, por la cual debe cancelar un copago de 42.400 pesos, suma que asciende a casi el 10% del ingreso mensual que tiene la familia de la señora Abaunza para satisfacer sus necesidades vitales y que en un año pagaría más del tope máximo por copagos establecido en el Acuerdo 260 de 2004⁵⁹. Adicionalmente, la accionante está desempleada y es beneficiaria de su esposo. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala concluye que si bien Compensar EPS informó el ingreso base de cotización, no logró desvirtuar la falta de capacidad de pago de la accionante y, por tanto, ésta no cuenta con la capacidad económica para cancelar los pagos moderadores correspondientes al tratamiento de su patología. En conclusión, se cumplen los requisitos para que prospere la solicitud de la accionante referente a la exoneración del cobro de copagos, hasta el momento en el que se compruebe que la accionante ya tiene los recursos para sufragar su costo.

Al respecto, encuentra la Corte que de acuerdo a la Resolución 5261 de 1994, por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimiento del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las enfermedades catastróficas son aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento⁶⁰. El artículo 17 de la citada Resolución establece:

“TRATAMIENTO PARA ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTROFICAS. Para efectos del presente manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo- efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo.

Se incluyen los siguientes:

- a. Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.
- b. Diálisis para insuficiencia renal crónica, transplante renal, de corazón, de medula ósea y de cornea.

- c. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
- e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas.
- f. Tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor.
- g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.
- h. Reemplazos articulares.

(...)” (subrayas y negrilla fuera de texto)

El anterior artículo debe interpretarse en conjunto con el 117 de la referida Resolución 5261 de 1994, que contempla:

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

- TRANSPLANTE RENAL
- DIALISIS
- NEUROCIRUGIA. SISTEMA NERVIOSO
- CIRUGIA CARDIACA
- REEMPLAZOS ARTICULARES

- MANEJO DEL GRAN QUEMADO.
- MANEJO DEL TRAUMA MAYOR.
- MANEJO DE PACIENTES INFECTADOS POR VIH
- QUIMIOTERAPIA Y RADIOTERAPIA PARA EL CANCER.
- MANEJO DE PACIENTES EN UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS". (Subrayas y negrilla fuera de texto)

De manera que el trasplante renal es un tratamiento para la insuficiencia renal crónica, la cual es una enfermedad catastrófica. Por lo tanto, al ser un tratamiento, esto no implica que sea una cura definitiva y que el paciente que fue sometido a dicho tratamiento no requiera de más atención como controles médicos, exámenes de laboratorio y de tratamientos farmacológicos posteriores⁶¹. Por lo tanto, se concluye que la persona que fue sometida a un trasplante renal, padece de una enfermedad catastrófica y requiere de atención médica continua para atender su patología. De manera que, en este orden ideas, es cierto que la señora Abaunza padece de una enfermedad catastrófica y, por lo tanto, se cumplen los requisitos esbozados por la jurisprudencia para que proceda el reconocimiento del tratamiento integral. Por esta razón, se confirmará la orden proferida por el juez de instancia en relación con el tratamiento integral para atender su patología.

5.1.4. Por los motivos expuestos, la Sala procederá a revocar parcialmente la sentencia proferida el día 19 de marzo de 2012 por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de la accionante y, en su lugar, se ordenará a Compensar EPS exonerar de la cancelación de los pagos moderadores que puedan causarse por los servicios de salud que recibe la accionante, en atención al tratamiento renal ordenado por el médico tratante, hasta que se compruebe que en virtud de su condición económica puede sufragar su costo. Así mismo, se confirmará la orden del juez de tutela, que ordenó el tratamiento integral para atender su patología.

5.2. Expediente T-3482209

5.2.1. En cuanto al presente caso, la Sala encuentra que se promueve la protección de los

derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de un menor con discapacidad física. En concreto, la acción de tutela se ejerce por la madre del accionante, en ejercicio de su representación legal, alegando la falta de recursos económicos necesarios para sufragar los costos de los copagos que exige la EPS para la atención de su hijo, pues es madre cabeza de familia⁶² y se encuentra impedida para trabajar, ya que debe quedarse en el hogar cuidando a sus dos hijos que tienen discapacidad. Por esta razón, solicita se ordene a la EPS demandada que la exoneren del cobro de los copagos y, además, que se le autorice el servicio de enfermería las 24 horas del día.

La EPS Servicio Occidental de Salud SOS, informó que al menor le fue autorizado el servicio de enfermería prescrito por el médico tratante, correspondiente a 12 horas durante el lapso de 3 meses. Asimismo afirmó que no existe motivo por el cual se le deba exonerar del cobro de copagos, teniendo en cuenta el marco normativo actualmente vigente. Por su parte, el juez de instancia negó el amparo aduciendo que no se probó la incapacidad económica y que, en el caso bajo estudio, no se acreditó ninguna de las situaciones excepcionales que justifican la exoneración alegada.

5.2.2. En primer lugar, la Sala encuentra que en el presente caso se cumple con el requisito de procedencia referente a la legitimación por activa, pues se trata de un menor con discapacidad que no se encuentra en condiciones para promover las acciones correspondientes para la defensa de sus derechos y cuya madre interpuso la acción en nombre del menor. Al respecto, la jurisprudencia ha manifestado que, “cualquier persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal.”⁶³

5.2.3. En segundo término, en relación con la solicitud de exoneración del cobro de copagos, como ya se mencionó anteriormente, corresponde a la entidad accionada desvirtuar la falta de capacidad de pago. Sin embargo, en el presente caso, la EPS Servicio Occidental de Salud SOS guardó silencio. Al examinar los elementos de juicio que reposan en esta actuación judicial, la Sala advierte que, siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación, la calidad de beneficiario del accionante y el hecho que la madre se encuentra desempleada, justifican la procedencia de esta solicitud.

Para tal efecto, es preciso tener en cuenta la jurisprudencia que expresamente ha señalado que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos a los servicios que requiere un menor cuyos acudientes no cuenten con los recursos necesarios para cubrir dichos gastos⁶⁴. Puntualmente, se ha dicho:

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

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

Por lo anterior, encuentra la Sala que la solicitud de exoneración de copagos en el tratamiento del menor Christian Arnulfo Botache Sevillano, está llamada a prosperar.

Finalmente, en cuanto a la segunda pretensión encaminada a que se ordene la atención de enfermería por las 24 horas del día, no encuentra la Sala que exista una orden médica que prescriba dicho servicio, por lo que no se cumple con uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia, para que se reconozcan servicios de salud por vía del amparo constitucional, en los términos expuestos en esta providencia.

5.3. Por los motivos antes expuestos, la Sala procederá a revocar la sentencia proferida el día 10 de febrero de 2012 por el Juzgado 29 Civil Municipal de Cali, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos a la salud, a la vida digna, a la seguridad social y a los derechos de los menores de Christian Arnulfo Botache Sevillano y, en su lugar, se ordenará a la EPS Servicio Occidental de Salud SOS exonerar de la cancelación de los pagos moderadores que puedan causarse por los servicios de salud que recibe el citado menor.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- En relación con el tratamiento integral requerido por la señora Yhiguiola Abaunza Abaunza, se CONFIRMA parcialmente el fallo proferido el 19 de marzo de 2012 por el Juzgado 49 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá. En lo referente a la negativa de exoneración de los pagos moderadores, se REVOCA el citado fallo y se TUTELA el derecho a la salud y a la vida digna de la accionante.

Segundo.- ORDENAR a COMPENSAR EPS que se exonere a la señora Yhiguiola Abaunza Abaunza de la cancelación de los pagos moderadores que se puedan causar por los servicios de salud que actualmente recibe, en atención al tratamiento renal ordenado por el médico tratante, hasta la fecha en la cual se compruebe que cuenta con los medios para sufragar dichas erogaciones.

Tercero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado 29 Civil Municipal de Cali el 10 de febrero de 2012 y, en su lugar, TUTELAR los derechos a la vida digna, a la salud y a la seguridad social del menor Christian Arnulfo Botache Sevillano.

Cuarto.- ORDENAR a la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS que se exonere al menor Christian Arnulfo Botache Sevillano de la cancelación de los pagos moderadores que se puedan causar por los servicios de salud que actualmente recibe.

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

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Secretaría General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-815/12

ORDEN PARA NUEVA VALORACION DEL SERVICIO DE ENFERMERIA PARA MENOR DISCAPACITADO (Salvamento parcial de voto)

La decisión que negó el servicio de enfermería durante las 24 horas del día al menor, no estimó las circunstancias del caso concreto, pues, se trata de un sujeto con varias peculiaridades que lo hacen altamente vulnerable y sujeto de especial protección constitucional. No solo se trata de un menor de edad que presenta una situación de tetraplejia y no controla esfínteres, sino que su madre carece de recursos y el entorno se hace aun más gravoso, si se tiene en cuenta que se trata de un joven a cargo de su madre cabeza de familia, quien además debe cuidar a otra hija con síndrome de Down. La Sala olvidó jurisprudencia que hubiese dado lugar a ordenar una nueva valoración del servicio de enfermería para el afectado

Referencia: Expedientes T-3480878 y 3482209

Acciones de tutela instauradas por Yinghiola Abaunza Abaunza contra Compensar EPS y por María Elena Sevillano, en representación de su hijo Christian Arnulfo Botache Sevillano, contra la EPS Servicio Occidental de Salud SOS

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Con el acostumbrado respeto que me merecen las decisiones adoptadas por esta Sala de Revisión, en esta ocasión me aparto parcialmente de lo resuelto en relación con el expediente T-3482209, en el cual la Corte tuteló parcialmente los derechos del menor Christian Botache Sevillano, exonerándolo de los pagos moderadores que se llegasen a causar por los servicios actualmente recibidos. Es del caso precisar que en lo concerniente a lo considerado y resuelto sobre la exención de los pagos moderadores referidos, comparto lo consignado en el fallo.

Pero, en esta oportunidad, los hechos que dan origen a mi discrepancia son los siguientes:

1. El menor Botache Sevillano sufrió un accidente que le acarreó una tetraplejia con pérdida de control de esfínteres, razón por la cual la EPS Servicio Occidental de salud SOS, previa prescripción médica, autorizó el servicio de enfermería por tres (3) meses durante 12 horas diarias.
2. La madre del menor requirió en su momento que se ordenara a la EPS Servicio Occidental de salud SOS, la autorización de prestación del servicio de enfermería al afectado durante las 24 horas del día.
3. El Juez de instancia denegó lo pedido con el argumento de la inexistencia de la orden médica que respaldase la pretensión
4. La madre del lesionado manifestó ser cabeza de familia, hallarse impedida para trabajar y tener que atender simultáneamente a una hija con síndrome de Down.
5. En la Sentencia de la Corte se dijo textualmente sobre el punto:

“(…) no encuentra la Sala que exista una orden médica que prescriba dicho servicio, por lo que no se cumple con uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia, para que se reconozcan servicios de salud por vía del amparo constitucional, en los términos expuestos en esta providencia”

La decisión que negó el servicio de enfermería durante las 24 horas del día al menor Christian Botache, no estimó las circunstancias del caso concreto, pues, se trata de un sujeto con varias peculiaridades que lo hacen altamente vulnerable y sujeto de especial protección constitucional. No solo se trata de un menor de edad que presenta una situación de tetraplejia y no controla esfínteres, sino que su madre carece de recursos y el entorno se hace aun más gravoso, si se tiene en cuenta que se trata de un joven a cargo de su madre cabeza de familia, quien además debe cuidar a otra hija con síndrome de Down.

La Sala olvidó jurisprudencia que hubiese dado lugar a ordenar una nueva valoración del servicio de enfermería para el afectado. En la Sentencia T-320 de 2011, M.P. Palacio Palacio, respecto de un mayor adulto con accidente cerebro vascular y enfermedad pulmonar, se dijo:

“(…) En relación con la prestación del servicio de enfermería 24 horas, la Corte nota la ausencia de orden médica que prescriba tal atención, la cual además se encuentra expresamente excluida del catálogo de beneficios del POS. Sin embargo, se evidenció que el señor Camacho Pinzón ha recibido atención médica domiciliaria por parte de CUIDARTE IPS en ocasiones anteriores y no el servicio de enfermería 24 horas como lo indicó la accionante en el escrito de tutela.

Así las cosas, aun cuando no se evidencia orden médica en la que se prescriba el servicio de enfermería 24 horas y teniendo en cuenta que la EPS accionada está en la obligación constitucional y legal de prestarle al peticionario los servicios que requiere; la Sala se limitará a ordenar a la Nueva EPS S.A. que dentro de la semana siguiente a la notificación de esta providencia, valore la condición del paciente y determine si aquél requiere el servicio de enfermería 24 horas, tal y como la señora Camacho de Pinilla lo solicita, o la atención médica domiciliaria que le ha prestado la entidad accionada en anteriores oportunidades. De determinarse la necesidad de cualquiera de los dos servicios, se dispondrá su suministro dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la valoración, de acuerdo con los lineamientos prescritos por el médico tratante (...)” (negrillas fuera de texto)

Igualmente, en decisión reciente a propósito de una menor con parálisis cerebral y múltiples afecciones, se sostuvo in extenso:

“(…) a las personas que presentan una condición de inferioridad o discapacidad, se les debe

brindar un servicio de salud libre de discriminaciones y una ayuda eficaz. (negrilla fuera de texto)

(...) esta Corporación (ha) reconocido que la protección constitucional del derecho a la salud y a la vida, también debe orientarse a que la persona enferma tenga un contorno tolerable, pues debido a sus padecimientos su existencia se torna indigna” (negrilla fuera de texto)⁶⁵

Agregaba la Corte,

“(...) a una persona que tiene aminoradas sus condiciones de salud, se le vulneran sus derechos fundamentales, en especial, el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, cuando una empresa prestadora del servicio de salud niega la autorización de un tratamiento, procedimiento, (...) para la superación de su patología o para paliar al menos los efectos de la misma⁶⁶. (negrilla fuera de texto)

En concreto concluyó:

“(...) principalmente una enfermera domiciliaria, servicio este último que requiere con urgencia la niña debido a la condición actual de salud pues necesita de una serie de cuidados que sólo pueden ser brindados por una persona con cierta experticia, es decir, un profesional en el área de la salud. Destaca, además que tanto él, como su esposa, no pueden atender exclusivamente la niña, por cuanto deben trabajar y así obtener los ingresos mínimos para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus otros dos hijos, razón por la cual han tenido que confiar su cuidado durante el día a la abuela, persona de avanzada edad(...)” (negrilla fuera de texto)

“(...) si bien el artículo 44 de la Constitución Política dispone que la obligación de asistir y proteger al niño se encuentra en cabeza de la familia, entre otros, lo cierto es que en el presente caso, dadas las connotaciones patológicas de (...), se requiere con urgencia de una ayuda especializada, idónea y profesional en enfermería, pues necesita unos cuidados permanentes e indispensables, que si bien, en principio, deben ser asumidos por sus padres, estos no pueden dedicarse exclusivamente a ello, dado que los limitados recursos económicos que poseen actualmente les impone la necesidad de trabajar para obtener los ingresos que suplan sus necesidades y las del núcleo familiar(...)” (negrillas fuera de texto)

(...) Conforme con lo anterior, resulta claro que con la negativa (...) autorizar (...) el servicio de enfermera a domicilio, y el tratamiento integral correspondiente, se comprometen notoriamente los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas de la niña (...), pues con los sufrimientos que genera su compleja patología, se ven en peligro los mismos, problema que se acentúa por su corta edad y su enorme pérdida de capacidad”.

Finalmente, ordenará esta Sala el servicio de enfermera domiciliaria calificada, por el tiempo y condiciones que para el efecto establezca el médico tratante, lo cual será coordinado con el señor José Alejandro Fandiño Castillo, padre de María Paula y persona que solicitó el presente amparo constitucional.”⁶⁸

Hubiese sido pues del caso, ordenar la evaluación médica correspondiente que permitiese establecer las necesidades del servicio de enfermería para el joven Christian Botache Sevillano.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Folio 5, cuaderno 2.

2 Folio 10, cuaderno 2.

3 Folio 11, cuaderno 2.

4 Folios 12-15, cuaderno 2.

5 Folios 16-21, cuaderno 2.

6 Folio 56, cuaderno 2.

7 Folio 5, cuaderno 2.

8 Folios 9-11, cuaderno 2.

9 Folios 16-21, cuaderno 2.

10 Folios 6-8, cuaderno 2.

11 El artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone que: “1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.”

12 El mismo precepto previamente señalado, determina que: “2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.”

13 Sobre los vinculados se puede examinar el artículo 157, literal B, de la Ley 100 de 1993.

14 Sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002.

15 Artículo 49 de la Constitución Política de 1991.

16 Sentencias T-494 de 1993 y T-395 de 1998.

17 Sentencia T-760 de 2008.

18 Sentencia T-520 de 2012.

19 Sentencia T-520 de 2012.

20 Artículo 159 de la Ley 100 de 1993.

21 Sentencia T-763 de 2007.

22 Sentencia T-736 de 2004.

23 Sentencia T-392 de 2011, que hace referencia a la sentencia T-576 de 2008.

24 Sentencia T-322 de 2001.

25 Sentencia T-760 de 2008.

26 Sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016, T-024 y T-086 de 2005.

27 Sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004 y T-096 de 2005

28 Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que “cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del FOSYGA.” (Sentencia T-972 de 2001 reiterada, entre otras, en las sentencias T-280 de 2002 y T-069 de 2005).

29 Tal es el caso, por ejemplo, de personas con VIH o SIDA. Como lo ha señalado la propia Corporación, ha “(...) sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH. Debido al carácter de su enfermedad, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio.” Sentencia T-074 de 2005 (en este caso se siguieron, entre otras, las siguientes sentencias: T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; SU-256 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-436 de

2003; T-925 de 2003; T-326 de 2004).

30 Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha fijado condiciones específicas para que se pueda ordenar la remisión de un paciente al exterior y para que reciba un servicio médico que requiere. Sentencia T-395 de 1998 reiterada, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 y T-597 de 2001.

31 Sentencia T-1022 de 2005.

32 Sentencia T-760 de 2008.

33 El numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, enuncia este principio: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”

34 Al respecto, el literal c del artículo 156 de la misma ley, dispone que: “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

35 Sentencia T-322 de 2012.

36 Sentencia T-518 de 2006.

37 Op.Cit.

38 Son sujetos de especial protección, entre otros, los menores, adultos mayores, desplazados(as), minorías étnicas, personas privadas de la libertad, etc. Sentencia T-531 de 2009.

39 Sentencia T-531 de 2009.

40 Sentencias T-581 de 2007 y T-584 de 2010, citadas en la sentencia T-531 de 2009.

41 “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará

medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

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

43 Sentencia T -288 de 1995.

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

45 La jurisprudencia constitucional ha resaltado el concepto de ‘pagos moderadores’ como un concepto genérico que incluye las distintas categorías de pagos que se realizan en el sistema. En la sentencia T-973 de 2006, por ejemplo, se señaló que: “(...) 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”. En el mismo se pueden consultar las sentencias T-617 de 2004 y T-734 de 2004.

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

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

47 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, inciso 1º.

48 Sentencia T-584 de 2007.

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

51 Artículos 187 y 188 (‘Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios’) de Ley 100 de 1993. En la sentencia T-811 de 2006, la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que “las personas que tienen incapacidad económica puedan

acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación.” En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada [Compensar EPS] prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

52 De acuerdo con el artículo 11, numeral 1, del Acuerdo 260 de 2004, en el caso de indigencia y de comunidades indígenas.

53 Sentencias T-330 de 2006, T-563 de 2010 y T-725 de 2010.

54 Sentencia T-725 de 2010.

55 Sobre la materia se pueden consultar las siguientes sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-699 de 2002, T-447 de 2002, T-279 de 2002 y T-113 de 2002.

56 Sentencias T-867 de 2003 y T-861 de 2002.

57 Sentencia T-744 de 2004. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en los siguientes fallos T-984 de 2004, T-236A de 2005, T-805 de 2005 y T-888 de 2006.

58 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, inciso 2.

59 El artículo 10 del Acuerdo 260 de 2004 establece que a las personas que tienen un ingreso base de cotización de un salario mínimo solo se les pueden cobrar por concepto de copagos en un año lo correspondiente al 57.5% de un salario mínimo legal mensual vigente, ara el 2012 esto es 325.853 mil pesos. De manera que en el caso de la accionante si continúan cobrándole el valor correspondiente al copago, se sobrepasaría el valor del tope en 8 meses.

60 Artículo 16.

61 Sociedad Americana de Transplantes. Salud luego del transplante. Disponible en: http://www.healthytransplant.com/health_maintenance/health_after_transplantation.aspx

62 Por medio de comunicación telefónica la señora Sevillano informó que el padre de su hijo se separó de ella hace más de 13 años. Desde esa fecha corre con los gastos de su hijo y del

hogar. Agregó que la única ayuda económica que actualmente recibe es la afiliación a la seguridad social. Sin embargo, señaló que ella se encuentra adscrita al régimen subsidiado y no es beneficiaria de su antiguo compañero sentimental. Dicha afirmación fue confirmada luego de revisar la Base de Datos Única de Afiliados del Fosyga. Disponible en:

<http://www.fosyga.gov.co/Consultas/BDUABasedeDatosUnicadeAfiliados/AfiliadosBDUA/tabid/436/Default.asp>

63 Sentencia T-727 de 2004.

64 Sentencia T-225 de 2007.

65 Sentencia T- 408 de 2011 M.P. Mendoza Martelo

66 Ver por ejemplo, las Sentencias T-949 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-202 de 2008, M. P. Nilson Elías Pinilla Pinilla, T-899 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

67 Sentencia T-408 de 2011

68Ibidem