

Sentencia T-873/13

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Concepto

La temeridad es entendida como un fenómeno jurídico que tiene lugar cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”. Su configuración se traduce en el rechazo y en la resolución desfavorable de todas las solicitudes, sin perjuicio de las sanciones que establece la ley.

Este alto tribunal ha señalado que pueden existir eventos en los cuales, si bien concurren los tres elementos que configuran la temeridad, esta no se constituye. Estas circunstancias son: cuando (i) el juez vislumbra la presencia de nuevos elementos fácticos o jurídicos; (ii) o al resolver la primera acción no se pronunció con respecto a la verdadera pretensión del accionante y se observe que la violación de los derechos del accionante se mantiene. En estos casos, el juez deberá decidir de fondo el problema planteado.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Obligación del Estado de garantizar la prestación del servicio de salud a personas en situación de discapacidad

La atención en salud para las personas discapacitadas física o mentalmente debe ser prioritaria, pues las condiciones de vulnerabilidad que padecen lo ameritan. Es por ello que la atención en salud debe brindarse en conjunto, pues no basta con que la atención sea oportuna, es necesario que se suministren medicamentos, intervenciones o exámenes tendientes a garantizar los derechos fundamentales del afectado. Debe entenderse que la atención en salud para las personas en situación de discapacidad debe estar garantizada por el Estado, ser prioritaria y comprender atención integral en virtud al estado de debilidad que presentan.

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

Esta Corte, a través de su jurisprudencia, ha estimado que existen casos excepcionales en

los que, al resultar involucrados derechos fundamentales, no debe exigirse el pago de tales emolumentos. Ello, bajo el supuesto de que estos cobros no pueden, bajo ninguna circunstancia, constituir una barrera de acceso al sistema, por lo que no es posible negarle a una persona el servicio de salud que requiera por la falta de dichos pagos. Si bien los copagos constituyen una ayuda para la viabilidad económica del sistema, se ha aceptado, en atención a las características económicas, a la gravedad y al costo de las enfermedades o de los tratamientos, la exoneración del pago de dichas cuotas, siempre y cuando se demuestre que estos constituyen barreras para acceder a la prestación del servicio.

#### EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas jurisprudenciales

La Corte ha fijado dos reglas jurisprudenciales para determinar los casos en los que es necesario eximir o acordar el pago de las cuotas moderadoras y de los copagos en aras de obtener la protección de algún derecho que pueda resultar vulnerado. Al respecto, dispuso que procederá esa exoneración cuando (i) 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 este, asumiendo el 100% del valor y (ii) cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que este sea suministrado, caso en el cual 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.

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Improcedencia para exoneración de cuotas moderadoras, por cuanto no se cumple requisitos

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE JOVEN DISCAPACITADO-Orden a EPS autorice terapias ocupacionales señaladas por el médico tratante

Referencia: Expediente T-3.996.010

Demandantes: Elsa María Velandia Moya en representación de Luis Miguel Páez Velandia

Demandado:

Nueva EPS

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil trece (2013)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido el 27 de mayo de 2013 por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, en el trámite de acción de tutela promovida por Elsa María Velandia Moya en representación de Luis Miguel Páez Velandia contra la Nueva EPS.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del quince (15) de agosto de 2013, proferido por la Sala de Selección número Ocho (8) y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La solicitud

La señora Elsa María Velandia Moya promovió acción de tutela con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su hijo Luis Miguel Páez Velandia, los cuales considera vulnerados por la Nueva EPS al no cubrir el 100% del valor del medicamento Quetiapina Liberación Prolongada de 400mg en la cantidad de 90 tabletas Seroquel XR y las terapias ocupacionales y lúdicas recomendadas por el médico tratante.

La situación fáctica a partir de la cual se fundamenta el mecanismo de amparo constitucional, es la que a continuación se expone:

## 2. Reseña fáctica

- Luis Miguel Páez Velandia tiene a la fecha 19 años de edad. Se encuentra vinculado al régimen contributivo como beneficiario de su padre Santos Miguel Páez Castro a través de la Nueva EPS.
- Padece, desde hace 18 años, de “trastorno mental y del comportamiento secundario a retardo mental moderado” por lo cual ha sido tratado en la Clínica Nuestra Señora de la Paz.
- Sostiene la agenciante, que el médico tratante, en las consultas del 3 de marzo, 2 y 17 de mayo de 2013, le ordenó el medicamento Quetiapina de liberación prolongada x 400 mg, en la cantidad de 90 unidades mensuales (Seroquel XR).
- Manifiesta que es una persona de escasos recursos, y que la manutención de su núcleo familiar, compuesto por su esposo y su hijo, se deriva del salario mínimo que devenga como pensionada. Es por ello que no cuenta con los recursos suficientes para asumir los copagos propios del medicamento recetado.

## 3. Pretensión

La señora Elsa María Velandia Moya solicita sean protegidos los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su hijo Luis Miguel Páez Velandia y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS cubrir el 100% del medicamento “Quetiapina de liberación prolongada x 400 mg”, en la cantidad de 90 unidades mensuales (Seroquel XR), así como la autorización de las terapias ocupacionales y lúdicas, que le han sido recomendadas por su médico tratante.

## 4. Oposición a la acción de tutela

El 14 de mayo de dos mil trece (2013), el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá D.C., admitió el recurso de amparo y corrió traslado a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones formuladas por la accionante.

De igual forma, decretó, como medida provisional, la entrega del medicamento Quetiapina

de liberación prolongada x 400 mg por 90 unidades mensuales (Seroquel XR), así como la autorización de terapias ocupacionales y lúdicas prescritas por el médico tratante, sin ordenar recobro ante el Fosyga.

## La Nueva EPS

El apoderado general de la entidad accionada, en el escrito de contestación, manifestó que la entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de Luis Miguel Páez Velandia con fundamento en los siguientes argumentos:

Señaló que Luis Miguel Páez Velandia figura como afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiario del señor Santos Miguel Páez Castro quien se encuentra categorizado en el nivel A, con un pago de 2.300 pesos por concepto de unidad de cuota moderadora.

Informa, que el joven se encuentra amparado por un fallo de tutela pronunciado por el Juzgado Quinto Civil de Circuito de Bogotá D.C. el 6 de julio de 2006, el cual, al resolver las pretensiones de Elsa María Velandia Moya quien actuaba como representante de Luis Miguel, ordenó:

“1. Inaplicar el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, las normas del Decreto 806 de 1998, así como las disposiciones de la Resolución No. 3797 de 2004 del Ministerio de la Protección Social, que reglamentó el Manual de Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, por no incluir el suministro del medicamento denominado Quetiapina de 200mg.

2. Conceder la tutela al derecho fundamental a la vida y los derechos de los niños, instaurada por la señora Elsa María Velandia Moya en representación de su menor hijo Luis Miguel Páez Velandia

3. Ordenar a la EPS Instituto de Seguros Sociales que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia continúe suministrando al menor Luis Miguel Páez Velandia el medicamento ordenado.

(...)”

Sostiene que el medicamento nunca ha sido negado pues hay una orden judicial que lo cubre, y que, en cuanto a las terapias ocupacionales, en la historia clínica del menor se evidencia que el médico tratante sugirió la realización de estas, mas no hay prescripción médica que las ordene.

Sobre las cuotas moderadoras, informa que el valor que debe pagar el accionante por consultas externas, consultas paramédicas, consulta con especialistas, odontología, medicamentos recetados en consulta, entre otros, es de \$ 2.300 pesos, y que el máximo que puede pagar el usuario al año es de 338.963 pesos, así pues no se está excediendo el valor de lo estipulado para la categoría A a la que pertenece.

De otra parte, sostiene que el padre del menor tiene ingresos mensuales de más de 600.000 pesos, lo que hace entender que tiene los medios suficientes para costear el valor de los copagos.

Por lo expuesto, solicita se rechacen por improcedentes las pretensiones de la accionante, toda vez que esta reclamación ya fue objeto de un pronunciamiento en sede de tutela, el cual se basó en los mismos hechos y pretensiones, situación que torna temeraria esta acción.

#### 5. Pruebas que obran en el expediente

- Fórmula médica emitida por el médico tratante el 13 de marzo de 2013, en la que se ordena el medicamento Quetiapina de liberación prolongada por 1200 mg diarios (folio 10).
- Fórmula médica emitida por el médico tratante el 17 de abril de 2013, en la que se ordena el medicamento Quetiapina de liberación prolongada por 1200 mg diarios (folio 11).
- Copia de la fórmula médica emitida por el médico tratante el 5 de mayo de 2013, en la que se ordena el medicamento Quetiapina de liberación prolongada por 1200 mg diarios (folio 12).
- Copia del formato de justificación de prescripción de medicamento no POS del 13 de marzo de 2013, diligenciado por el médico tratante (folios 13 y 14).

- Copia de la historia clínica de Luis Miguel Páez Velandia emitida el 13 de marzo de 2013 por la Clínica Nuestra Señora de la Paz (folios 15).
- Copia de la historia clínica de Luis Miguel Páez Velandia emitida el 17 de abril de 2013 por la Clínica Nuestra Señora de la Paz (folios 16).
- Copia de los escritos de la señora Elsa María Velandia Moya del 10 y 11 de mayo en los que se indica que, una vez informó, vía telefónica, al call center de la Nueva EPS que su hijo no tenía el medicamento, le respondieron que no había autorización para la entrega de éste (folio 17).
- Copia del carné de afiliación a la Nueva EPS y copia de las cédulas de ciudadanía de Luis Miguel Páez Velandia y de Elsa María Velandia Moya (folio 18).

## II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

El Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante fallo del 27 de mayo de dos mil trece (2013), negó el amparo a los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Luis Miguel Páez Velandia, al considerar que la actuación es temeraria por cuanto existe identidad de partes, identidad de causa petendi e identidad de objeto, con una tutela anterior. Sin embargo, considera que, presumiéndose la buena fe de la accionante, no hay lugar a imponerle ninguna sanción, pues la entidad a la que se dirigía la primera acción, era el Instituto de Seguros Sociales, y hoy el demandado es la Nueva EPS, por tanto, puede que esta situación haya confundido a la accionante.

## III. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del expediente T-3.996.010 por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico

De manera preliminar, le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión, antes de entrar a dilucidar el caso concreto, determinar si se ha configurado una actuación temeraria por parte de la accionante.

En caso de desvirtuarse la temeridad en cabeza de la actora, la Sala Cuarta de Revisión entrará a dilucidar si existió, por parte de la Nueva EPS, violación a los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Luis Miguel Páez Velandia al haberle negado la exoneración de copagos para el medicamento “Quetiapina de liberación prolongada 400mg” y la autorización de las terapias ocupacionales y lúdicas que requiere.

### 3. Inexistencia de la actuación temeraria por parte del accionante. Reiteración de jurisprudencia

La temeridad es entendida como un fenómeno jurídico que tiene lugar cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”. Su configuración se traduce en el rechazo y en la resolución desfavorable de todas las solicitudes, sin perjuicio de las sanciones que establece la ley.

Esta corporación se ha pronunciado, reiteradamente, sobre las actuaciones temerarias en ejercicio de la acción de tutela y al respecto ha señalado los supuestos que deben verificarse para su tipificación.

Al efecto, tienen que concurrir tres elementos: (i) una identidad en el objeto, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”[1]; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a “que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa”[2]; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, de igual manera, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado.[3]

En caso de que el juez, en el análisis de la existencia de la temeridad, observe la concurrencia de los tres elementos señalados, tendrá la obligación de descartar, además, que dentro de la segunda acción de tutela no concorra una razón válida que justifique su



interposición para que sea posible el rechazo de ésta, o la denegación de la solicitud que ella contenga.

Lo anterior, por cuanto el estudio de la existencia de la temeridad tiene que partir de la premisa de la buena fe de los particulares en sus actuaciones ante la administración de justicia, esto quiere decir que se debe hacer un examen minucioso sobre la procedencia de esta institución jurídica, para así evitar cualquier otra vulneración de derechos.[4]

Así pues, este alto tribunal ha señalado que pueden existir eventos en los cuales, si bien concurren los tres elementos que configuran la temeridad, esta no se constituye. Estas circunstancias son: cuando (i) el juez vislumbra la presencia de nuevos elementos fácticos o jurídicos; (ii) o al resolver la primera acción no se pronunció con respecto a la verdadera pretensión del accionante y se observe que la violación de los derechos del accionante se mantiene. En estos casos, el juez deberá decidir de fondo el problema planteado.[5]

Realizadas las anteriores consideraciones generales, esta Sala entrará a determinar, aplicando los criterios señalados, si existe temeridad en el presente caso.

En el año 2006 la actora interpuso acción de tutela reclamando al Instituto de Seguros Sociales la entrega del medicamento Queatiapina de 200mg cubriendo el 100% de su costo, negado por no hacer parte del Plan Obligatorio de Salud.

En la indicada oportunidad, el juez constitucional concedió el amparo deprecado y ordenó al Instituto de Seguros Sociales que en las 48 posteriores a la notificación del fallo, suministrara a Luis Miguel Páez Velandia el medicamento Quetiapina de 200 mg, así como el tratamiento integral que requiriera con relación a la evolución que presentara su enfermedad, así como el cubrimiento de todos los servicios médicos hospitalarios y farmacéuticos que fueran ordenados por el médico tratante.[6]

En la actualidad, al paciente se le ha recetado el mismo medicamento pero en dosis más altas, pues de las prescripciones aportadas al proceso, se desprende que las fórmulas ordenan Quetiapina de liberación prolongada pero de 400mg, para una dosificación de 1200 mg diarios, es decir, el doble de la dosis anterior.

En vista de esta situación, la accionante acudió nuevamente a la acción de tutela, esta vez

solicitando la nueva dosis del medicamento y el cubrimiento del 100% de su costo.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expresado, observa la Sala que, en el presente caso, no se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para declarar la temeridad por cuanto si bien en las dos tutelas concurren los tres elementos ya señalados, lo cierto es que en la sentencia dictada el 6 de julio de 2006 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, no se efectuó un pronunciamiento sobre la exoneración de copagos o cuotas moderadoras, fundamento principal de la actora para interponer una nueva acción, y aun cuando el juez constitucional amparó los derechos fundamentales de Luis Miguel Páez Velandia, no se pronunció específicamente sobre este punto.

Así pues, considera esta Sala, que se encuentra justificada la interposición de una nueva acción de tutela, ya que esta se deriva de la ocurrencia de un nuevo hecho, como es el aumento de la dosis del medicamento que en anterior fallo le fue reconocido y, además, la omisión del fallador para pronunciarse al respecto de la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, solicitud que hace nuevamente la accionante.

En conclusión, si bien una tutela no puede interponerse más de una vez basándose en los mismos hechos, derechos, y pretensiones, para el caso concreto, se observa una causa justa para acudir nuevamente a la jurisdicción constitucional.

Así las cosas, descartada la temeridad de la acción, está Sala entrará a realizar un repaso jurisprudencial acerca de la (i) la protección al derecho fundamental a la salud de personas en situación de discapacidad y de (ii) los requisitos para lograr la exoneración de copagos para, finalmente, dar solución al caso concreto.

#### 4. Derecho fundamental a la salud tratándose de personas en situación de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha reiterado que, de acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, se ha reconocido que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, esta corporación ha mencionado que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”[8].

Por consiguiente, dicho mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho. [9]

Igualmente, ha considerado esta corporación, que la tutela es procedente en los casos en que “(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios[10]”. [11](Subrayas fuera del original)

Así las cosas, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental que tiene el derecho a la salud, máxime tratándose de sujetos de especial protección, tales como, los niños, niñas y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas pertenecientes a la tercera edad y las personas en condición de discapacidad física o mental.

En desarrollo de los artículos 13 y 47 superiores y en relación con la protección de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad, esta corporación ha reiterado:

“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.”[12]

De igual forma, en la Sentencia T-197 de 2003[13], en cuanto al tema de la salud y la necesidad de su protección respecto de aquellas personas que sufren discapacidades físicas o mentales, se indicó:

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

Así pues, la atención en salud para las personas discapacitadas física o mentalmente debe ser prioritaria, pues las condiciones de vulnerabilidad que padecen lo ameritan. Es por ello que la atención en salud debe brindarse en conjunto, pues no basta con que la atención sea oportuna, es necesario que se suministren medicamentos, intervenciones o exámenes tendientes a garantizar los derechos fundamentales del afectado.

En este sentido, el artículo 11 de la Ley 1306 de 2009[14] dispone que:

La organización encargada de prestar el servicio de salud y de educación en Colombia adoptará las medidas necesarias para obtener que ninguna persona con discapacidad mental sea privada del acceso a estos servicios desde la temprana edad.

La recreación, el deporte, las actividades lúdicas y en general cualquier actividad dirigida a estimular el potencial físico, creativo, artístico e intelectual, son inherentes a las prestaciones de salud, educación y rehabilitación.

En el cálculo de las prestaciones alimentarias, congruas o necesarias, se incluirán los costos que demanden las actividades de salud, educación y rehabilitación aquí previstas.”(Subrayas fuera del original).

En este orden de ideas, debe entenderse que la atención en salud para las personas en situación de discapacidad debe estar garantizada por el Estado, ser prioritaria y comprender atención integral en virtud al estado de debilidad que presentan.

#### 5. Reglas para la exoneración de copagos en el régimen contributivo. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993[15] estableció que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud deberán asumir pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles, con la finalidad de racionalizar el uso del servicio.

A su vez, el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece la diferencia entre las cuotas moderadoras y los copagos, al señalar 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, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS, mientras que los segundos, que se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, y son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y que, además, tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.

De este modo, la Corte ha sostenido que el citado acuerdo busca racionalizar el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud y evitar desgastes innecesarios en la prestación del servicio. De igual manera, con los copagos se pretende que, al ordenar medicamentos o procedimientos, se logre una contribución de conformidad con los porcentajes establecidos, para así proteger la financiación solidaria del sistema.[16]

En el mencionado acuerdo se regulan esos porcentajes que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado y se establecen los principios que deben respetarse para la aplicación de los

mismos. A saber:

“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.” [17]

Así mismo, el artículo 4º del acuerdo, expone que las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado principal. Específicamente en relación con los copagos, el acuerdo en su artículo 9º, establece que el valor por año calendario permitido para el cobro de copagos, se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con los parámetros que, para cada evento, se fijen en la misma disposición. [18]

Así pues, el objeto de la norma fue hacer viable económicamente el Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo que dispuso que todas las personas afiliadas al mismo, en calidad de cotizantes o de beneficiarios, ya sean del régimen contributivo o del régimen subsidiado, están sujetas a los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Aun cuando el pago de estos es obligatorio para el uso de los servicios de salud, cabe la posibilidad, en algunos eventos previstos en la ley, de que se de su exoneración, como cuando se trata de enfermedades que debido a su complejidad deben ser asumidas en su totalidad por el

sistema.

No obstante lo anterior, esta Corte, a través de su jurisprudencia, ha estimado que existen casos excepcionales en los que, al resultar involucrados derechos fundamentales, no debe exigirse el pago de tales emolumentos. Ello, bajo el supuesto de que estos cobros no pueden, bajo ninguna circunstancia, constituir una barrera de acceso al sistema, por lo que no es posible negarle a una persona el servicio de salud que requiera por la falta de dichos pagos.

Así las cosas, la Corte ha venido sosteniendo que “(...) una exigencia reglamentaria, si bien no es contraria a la Constitución, no puede aplicarse cuando con ella se desconozcan los derechos fundamentales a la vida y a la salud, por lo que la protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal contractual[19]”. Adicionalmente, esta Corporación ha afirmado que:

“Cuando las personas no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos, o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a ciertos tratamientos, y éstos se requieren con urgencia porque de lo contrario se verían afectados derechos como la vida y la salud en conexidad, la Corte ha dado prevalencia a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración legal, sosteniendo que ante urgencias y patologías comprobadas no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio de salud, porque por encima de la legalidad, está la vida como fundamento de todo el sistema.”[20] (Subraya fuera del original)

De conformidad con lo anterior, se entiende que si bien los copagos constituyen una ayuda para la viabilidad económica del sistema, se ha aceptado, en atención a las características económicas, a la gravedad y al costo de las enfermedades o de los tratamientos, la exoneración del pago de dichas cuotas, siempre y cuando se demuestre que estos constituyen barreras para acceder a la prestación del servicio.

Respecto de la exoneración de copagos, y de acuerdo con la normatividad vigente, la Corte ha fijado dos reglas jurisprudenciales[21] para determinar los casos en los que es necesario eximir o acordar el pago de las cuotas moderadoras y de los copagos en aras de obtener la protección de algún derecho que pueda resultar vulnerado. Al respecto, dispuso que procederá esa exoneración cuando (i) 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 este, asumiendo el 100% del valor[22] 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 este sea suministrado, caso en el cual 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.[23]

Por contera, se tiene que (i) el pago de los copagos se constituye como la contribución de los afiliados por la utilización del Sistema de Salud, (ii) esta situación que no es reprochable constitucionalmente, no puede erigirse como barrera para acceder a la atención en salud, por tanto (iii) esta corporación ha fijado unos parámetros, diferentes a los establecidos por la ley, para exonerarse o acordar el pago de los copagos o cuotas moderadoras cuando el beneficiario no tiene los recursos suficientes para asumirlos por sus propios medios.

#### Caso concreto

La señora Elsa María Velandia Moya, en representación de su hijo Luis Miguel Páez Velandia, instauró acción de tutela en contra de la Nueva EPS para solicitar la exoneración de los copagos del medicamento Quetiapina 400mg liberación prolongada por 90 comprimidos mensuales, ordenada para la enfermedad que padece a saber, “retardo mental moderado”.

Afirma la accionante que su hijo fue diagnosticado hace 18 años con “trastorno mental y del comportamiento secundario a retardo mental moderado”, y desde el año 2006 ha venido tomando el medicamento Quetiapina de liberación prolongada en diferentes dosis.

Sostiene que en las visitas al médico tratante del 13 marzo, 14 abril y 2 mayo de 2013, se le ordenó Quetiapina 400mg liberación prolongada en dosis de 1200mg al día, para un total de 90 pastillas al mes. Por tanto, ha solicitado a la EPS que cubra el 100% del costo del medicamento.

Sin embargo, la entidad accionada sostiene que el joven se encuentra en calidad de



beneficiario de su padre, quien devenga aproximadamente 669.000 pesos mensuales, y que, además, se encuentra amparado por un fallo de tutela emitido en julio de 2006 que concedió la entrega del medicamento Quetiapina de liberación prolongada de 200mg, situación por la cual, no han desconocido los derechos fundamentales del paciente.

Como cuestión preliminar, esta Sala estudió la procedibilidad de la presente acción, pues en el escrito de contestación la parte accionada alega la existencia del fenómeno de la temeridad pues la señora Elsa María Velandia Moya, en el año 2006, ya había instaurado una acción de tutela, con identidad de partes, pretensión y objeto.

No obstante, una vez analizado el caso, se determinó que, aunque confluyen en esta acción los tres elementos que generan que una acción se torne improcedente por temeridad[24], el fallador de esa oportunidad no se pronunció respecto del cubrimiento del 100% del costo de los medicamentos solicitados. Así pues, en vista de que en aquel fallo no hubo decisión sobre el punto, la accionante acudió nuevamente al mecanismo de amparo.

En la parte general de esta sentencia, se sostuvo que el derecho a la salud de las personas discapacitadas debe brindarse prioritariamente en virtud del estado de debilidad que padecen, es por ello que las empresas prestadoras de salud deben dar especial protección a los pacientes que por su condición requieren más atención, más fármacos ó más tratamientos.

Al joven Luis Miguel Páez Velandia, le fue ordenado, desde el año 2006, el medicamento Quetiapina de liberación prolongada en diferentes dosis, en principio, la acción de tutela instaurada en aquel año, solicitaba la autorización del medicamento en una dosis más baja, a saber, 200 mg. Según consta en el expediente, el médico tratante en una nueva prescripción le ordenó el mismo medicamento pero por 400mg, en posologías diarias de 1200 mg. Es decir, Luis Miguel debe tomar 3 pastillas al día para completar la dosis.

Esta situación indica que Luis Miguel Páez Velandia debe obtener al mes 3 cajas del medicamento, teniendo en cuenta que el producto viene en presentación de 30 unidades y la orden prescribe 90 mensuales, es por ello, que solicita ser exonerada de los cobros por copagos.

Aun cuando ese pago es obligatorio para el uso de los servicios de salud, existen normas

que permiten su exoneración[25], no obstante, para el caso concreto, la enfermedad que padece el joven Páez Velandia, no se encuentra enmarcada en las situaciones específicas de exoneración, sin embargo, su progenitora, solicita que se cubra el 100% del costo de los medicamentos que le son suministrados para atender el retardo mental moderado de Luis Miguel.

Sobre este particular, debe remitirse la Sala a lo expuesto en la parte considerativa, esto es, la extensa jurisprudencia que ha desarrollado esta corporación respecto de la solicitud de exoneración de los copagos. Allí se expuso, que existen unos requisitos de obligatorio cumplimiento para lograr bien sea, la exoneración o un acuerdo de pago para dichos cobros.

Esta Corte ha advertido, en virtud del principio de equidad, que estas cuotas no pueden constituirse en un impedimento para acceder a los servicios que se requieran, por tanto sostuvo que, (i) habrá exoneración de copagos cuando se compruebe que quien necesita atención médica encuentra en el pago, un obstáculo monetario que le impide acceder a los servicios o, por lo contrario, (ii) cuando una persona requiere atención en salud, y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero no cuenta con el flujo inmediato para saldar el valor requerido, la entidad está en la obligación de generar un acuerdo de pago que permita que se lleven a cabo los servicios necesarios.

La situación en concreto, se encuentra en la primera de esas exigencias, la señora Elsa María sostiene que no tiene la capacidad económica para cubrir el gasto en el que incurre por el pago de las cuotas derivadas de las órdenes médicas expedidas a su hijo. Atendiendo a lo citado en la parte general, se advierte que la solicitud de exoneración debe partir de hechos ciertos sobre la incapacidad de asumir los costos, ello se puede presumir de los ingresos que obtiene el núcleo familiar.

En este caso, la señora Elsa María Velandia Moya asegura ser pensionada y devengar un salario mínimo y, de la contestación de la entidad accionada se desprende que el padre del menor, señor Santos Miguel Páez Castro, es cotizante con un ingreso mensual que lo ubica en el rango salarial 1 de calificación de pago de las cuotas.

Así pues, procederá la Sala a negar la solicitud correspondiente a la exoneración de copagos, y la cobertura del 100% de los medicamentos ordenados, pero advirtiendo a la

entidad demandada, que en lo sucesivo, le preste todos los servicios en salud que requiera sin oponerle ningún obstáculo o trámite adicional para autorizarle los servicios que se necesiten para dignificar su vida.

Además del mencionado medicamento, la accionante solicita se autoricen las terapias ocupacionales y lúdicas recomendadas por el médico tratante el 13 de marzo del 2013[26].

Particularmente, debe reiterar esta Sala que la atención en salud para las personas en condiciones de discapacidad debe abarcar todos los servicios que sean necesarios, por tanto, no es de recibo que en la contestación de la acción, la EPS informe que lo que hizo el médico tratante fue recomendar mas no ordenar dichas terapias, pues se estaría desconociendo la integralidad del servicio de salud, como también la completa atención que debe brindársele a los sujetos de especial protección.

Así pues, considera la Sala, que la sugerencia dada por el médico tratante se torna una verdadera orden en virtud de la situación de discapacidad padecida por el joven Páez Velandia, por tanto, basándose en el artículo 19 del Acuerdo 28 de 2011, que señala “las entidades promotoras de salud podrán incluir la utilización de medicinas y terapias alternativas y complementarias, por parte de los prestadores que hagan parte de su red de servicios, siempre y cuando estas se encuentren autorizadas y reglamentadas debidamente para su ejercicio, de acuerdo con lo establecido en la normatividad vigente sobre la materia” se ordenará su autorización.

Bajo las consideraciones ya realizadas, procederá la Sala a revocar parcialmente lo resuelto el 27 de mayo de 2013 por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, para así conceder el amparo a los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Luis Miguel Páez Velandia. Al efecto ordenará a la entidad Nueva EPS, la autorización de las terapias ocupacionales y lúdicas, recomendadas por el médico tratante en los términos que él considere y negará la exoneración de las copagos por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión, administrando justicia en nombre del

pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 27 de mayo de 2013 por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, para en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Luis Miguel Páez Velandia.

SEGUNDO.- ORDENAR a Nueva EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice a Luis Miguel Páez Velandia las terapias ocupacionales y lúdicas sugeridas por el médico tratante adscrito a la entidad el 13 de marzo de 2013, en los términos que este último considere.

TERCERO.- NEGAR la solicitud de exoneración de copagos del medicamento Quetiapina de liberación prolongada 400mg por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, pero advirtiéndolo a la entidad demandada, que en lo sucesivo, le preste todos los servicios en salud que requiera sin oponerle ningún obstáculo o trámite adicional para autorizarle los servicios que se necesite para dignificar su vida.

CUARTO.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

## Secretaria General

[1] Corte Constitucional, sentencia T-1103 del 28 de octubre de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, Sentencia T-1122 del 1º de diciembre de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

[2] Ibídem.

[3] Corte Constitucional, sentencia T-1103 del 28 de octubre de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, Sentencia T-1022 del 1º de diciembre de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T- 1233 del 10 de diciembre de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[4] Corte Constitucional, sentencia T-1022 del 1º de diciembre de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[5] Corte Constitucional, sentencia T- 1233 del 10 de diciembre de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[6] Folio 35.

[7] Folio 35.

[8] Corte Constitucional, Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[9] Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[10] Corte Constitucional, Sentencia T-165 del 17 de marzo de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[11] Corte Constitucional, Sentencia T-050 del 2 de febrero de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[12] Corte Constitucional Sentencia T-574 del 15 de julio de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[13] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[14] Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados.

[15] Artículo 187 de la Ley 100 de 1993. De los pagos moderadores. “Los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del plan obligatorio de salud. En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobres, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del consejo nacional de seguridad social en salud. Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las entidades promotoras de salud, aunque el consejo nacional de seguridad social en salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de promoción de la salud del fondo de solidaridad y garantía. Parágrafo. Las normas sobre procedimiento de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidas por el Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud”.

[16] Corte Constitucional, Sentencia T-584 de 31 de julio de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[17] Acuerdo 260 de 2004 Artículo 5º.

[18] Acuerdo 260 de 2004 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.

[19] Corte Constitucional, Sentencia T-743 del 6 de agosto de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[20]Corte Constitucional, Sentencia T-1132 del 25 de octubre de 2001 del M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[21]Corte Constitucional, Sentencia T-697 de 6 de septiembre de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[22]Corte Constitucional, Sentencia T-743 de 6 de agosto de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[23]Corte Constitucional, Sentencia T-330 de 28 de abril de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[24] Decreto 2591 de 1991- Artículo 38: Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

[25] Programas de promoción, educación y prevención según actividades definidas en la Resolución 412 de 2000, del Ministerio de Salud. Servicios Alto Costo

1) Consultas paramédicas: nutrición, psicología, optometría.

2) De los definidos en la Resolución 5521 de 2013.

3) Con base en las coberturas definidas en la Resolución 5261 de agosto 5 de 2004, Art. 99 del Ministerio de Salud y demás normas que la modifiquen.

4) Con base en las coberturas definidas en la Resolución 5261 de agosto 5 de 2004, Art. 100 del Ministerio de Salud y demás normas que la modifiquen.

5) Con base en las coberturas definidas en la Resolución 5261 de agosto 5 de 2004 del Ministerio de Salud, Art. 9 y Acuerdo 260 de 2006, Art. 6 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

[26] Folio 15.