

Sentencia T-924/11

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Finalidad

El principio de integralidad tiene por finalidad mejorar las condiciones de existencia de los pacientes, prestando los servicios médicos en el momento adecuado, en otras palabras este mandato de optimización responde “a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva”. Así mismo, la integralidad en el servicio de salud implica que el doliente debe recibir el tratamiento de calidad que requiere según las condiciones de la patología que lo aquejan y las realidades científicas y médicas.

MEDICO TRATANTE-Concepto del médico tratante no adscrito a la EPS resulta vinculante

TRATAMIENTO DE SALUD EMITIDO POR MEDICO NO ADSCRITO A LA EPS TRATANTE-Obligatoriedad

CUOTAS DE RECUPERACION Y COPAGOS-Naturaleza jurídica

EXONERACION DE COPAGOS Y CUOTAS DE RECUPERACION EN EL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitarlo mediante acción de tutela

DERECHO A LA SALUD-Orden a EPS practicar tratamiento y cirugía ocular sin exigir copagos y cuotas de recuperación

Referencia: expediente T-3193668

Acción de tutela instaurada por Antonia Angarita Mojica contra Secretaria de Salud de Santander y Solsalud EPS-S

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil once (2011)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Bucaramanga Santander, en el trámite de la acción de tutela incoada por Antonia Angarita Mojica contra Secretaria de Salud de Santander y Solsalud EPS-S.

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos

1. La señora Antonia Angarita Mojica es una persona de 48 años de edad, residente de la ciudad de Floridablanca - Santander, que se encuentra afiliada a Solsalud EPS-S en el régimen subsidiado, a quien le fue diagnosticado hace 5 años "ulcera de cornea: catarata ojo derecho, miopía alta y glaucoma"¹.

1. Siendo así, la recurrente le pidió a la Secretaria de Salud que le practicara dicha cirugía. Sin embargo, el ente territorial le informó a la paciente que en el momento no podía adelantar la ejecución del procedimiento toda vez que, no tiene el dinero requerido para costear la operación, de modo que debe esperar el desembolso del presupuesto nacional, dado que la referida prestación en salud se carga a éste. De otro lado, Solsalud aduce que no cubre el valor total de la cirugía, pues asciende a 5 millones de pesos aproximadamente.

1. Adicionalmente, señaló que requiere del procedimiento clínico porque tiene tal afectación en su visión que casi no ve. Incluso, ha estado en tratamiento con gotas hace 5 años con el fin de engrosar la retina para poder practicar la operación. De hecho, el médico especialista le informó que por la demora de la cirugía corre el peligro de quedarse ciega.

1. Así mismo, aseveró la accionante que no cuenta con los recursos económicos para seguir sufragando los gastos de gotas, medicamentos y consultas con especialistas, los cuales se vio forzada a cubrir ya que la Secretaría de Salud no autorizó ningún otro servicio. Así, el salario que devenga como empleada del servicio doméstico solo le alcanza para sufragar sus necesidades básicas, no para los costos de su enfermedad.

1. Por esta razón, la peticionaria suplica la protección de sus derechos a la vida, a la seguridad social y a la salud, en consecuencia, se ordene como medida cautelar y pretensión definitiva a la E.P.S Solsalud y a la Secretaría de Salud de Santander que autoricen y ejecuten el procedimiento médico "Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD". De igual manera, solicita que las demandadas brinden a la paciente la atención médica integral y que exoneren a la tutelante de cancelar los copagos o cuotas de recuperación exigidos para el acceso de cualquier servicio de salud.

1. Intervención de la parte demandada

2.1. Sonia Stella Márquez Reyes, asesora del despacho de la Secretaría de Salud Departamental, contestó la acción de tutela en los siguientes términos:

* Las funciones desarrolladas por esta dependencia se concentran en "contratar instituciones

prestadoras de servicios en salud, las asistencias que requerían los beneficiarios del sistema de selección de beneficiarios del sistema del Sisben, ó aquellos que no cuenten con la capacidad económica que les permita sufragar el costo de los procedimientos, medicamentos, y/o tratamientos que requieran para el manejo de enfermedades que les ha sido diagnosticada”. De este modo, informa que la señora Angarita registra afiliación al Sisben del municipio de Floridablanca- Santander, con la ficha número 34750 nivel socioeconómico 02, con inscripción vigente a la EPS-S Solsalud con un subsidio total.

* En este sentido, la ejecución de la cirugía requerida por la demandante es responsabilidad de la EPS-S Solsalud, debido a que el Acuerdo 08 de 2009 expedido por la Comisión de Regulación de Salud, contiene en su Anexo Técnico 2 el procedimiento de “extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación”. Por ello, la obligatoriedad conforme a la normatividad legal existente en el régimen subsidiado recae sobre la EPS a la cual se encuentra afiliada la señora Angarita, es decir Solsalud EPS-S.

2.2 Cesar Augusto Pinzón Agudelo, apoderado de Solsalud EPS-S, se opuso a las pretensiones de la tutela apoyándose en los siguientes argumentos:

* En primer lugar manifestó que, le ha proporcionado a la petente todos los servicios requeridos para su enfermedad conforme lo establece el Plan Obligatorio de Salud.

* Ahora bien, respectó del procedimiento quirúrgico objeto de pretensión recalcó el representante de la demandada que, no se encuentra incluido en el plan de beneficios del POS, en razón a que no tiene cobertura el manejo de la patología úlcera corneal, catarata. Adicionalmente comunicó que, las valoraciones del 8, 10 y 15 de septiembre de 2010, al igual que la del 28 de diciembre del mismo año, fueron garantizadas por la Secretaría de Salud de Santander. Entonces, la IPS Foscal ha venido tratando la dolencia de la usuaria, “entidad que no tiene contratación con Solsalud EPS”. De ahí que, en cumplimiento de la medida provisional emitida por el juez de primera instancia la accionada programó una cita de oftalmología con el Doctor Jorge Pongo, para el 15 de abril de 2011 a las 9:30 p.m. con el fin de que examinara a la señora Antonia Angarita para determinar la autorización del

procedimiento “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD”.

Especialmente, para el representante, la Secretaria de Salud es quien negó darle trámite a la solicitud de la demandante, pues la EPS solo tuvo conocimiento de la misma a través del traslado de la acción de tutela. Así las cosas, imponerle la prestación a su apoderada afecta el equilibrio financiero del contrato de aseguramiento, en la medida que “ordenar la prestación de los servicios No Pos a la EPS subsidiado, el recobro que efectúa el Ente Territorial solo es del 50% con fundamento en lo señalado en la sentencia T-760 de 2008, configurándose así un claro incentivo para que las entidades territoriales, encargadas por la Ley de asumir la prestación de los servicios No Pos del régimen subsidiado, los nieguen y propicien la interposición de acciones de tutela para así no tener que asumir el 100% del valor de los servicios sino solamente un 50% en virtud al fallo de tutela”. Lo anteriormente dicho, se desprende de la Ley 715 de 2001 que radica en cabeza de las entidades territoriales la obligación de cubrir las prestaciones No Pos para los usuarios del régimen subsidiado, con dineros que le asigna el Estado para cumplir con tal función.

* De otro lado, con relación a la solicitud de tratamiento integral, consideró que es una petición improcedente, porque versa sobre servicios que no han sido determinados por los médicos. Así, al juez constitucional le está vedado amparar hechos futuros e inciertos como los que pretende la accionante. Encima, esboza que de proceder esta pretensión se quebranta el derecho al debido proceso, toda vez que se presume que la EPS incumplirá las prescripciones que el médico le formule a la paciente. En este punto cita in-extenso la jurisprudencia de la Corte².

* Entretanto, con la exoneración de los copagos o cuotas de recuperación discurre que conforme a los artículos 2º y 11 del Acuerdo 260 de 2004, son pagos que sirven para financiar el sistema cuando un servicio de salud no se encuentra previsto en el POS-S, en consecuencia es el ente territorial quien debe asumir la prestación y el que decide cobrar o no el señalado monto. Conjuntamente, destaca que solo puede exonerarse del pago de las cuotas de recuperación a los usuarios Nivel I Sisben, por lo tanto la tutelante no se encuentra exenta de tales pagos por ser subsidio parcial Nivel II.

* Por lo anterior, la accionada pide no acceder a las pretensiones de la tutela, comoquiera que: i) la obligada para costear el manejo de la enfermedad que padece la señora Angarita y

el procedimiento quirúrgico “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD”, es la secretaria de salud de Santander, más no la EPS; y ii) la petición de tratamiento integral es una orden hacia el futuro que presupone el incumplimiento de Solsalud en la atención a la paciente, ordenes que son prohibidas para el juez de tutela.

1. Actuaciones de instancia y el fallo de tutela

1. El Juzgado Octavo Administrativo de Bucaramanga, por medio de auto del 31 de marzo de 2011, admitió la demanda y ordenó como medida provisional a la EPS-S Solsalud que realizará el procedimiento quirúrgico “extracción extracapsular de cristalina por facoemulsificación OD con anillo de tensión capsular”, pese a que no se encuentra contemplado en el POS-S. Por eso, autorizó a la demanda para repetir contra la Secretaria de Salud departamental de Santander por los gastos en que incurra en el suministro del procedimiento, insumos y medicamentos No POS-S.

Así mismo, en esta providencia se ordenó el apoyo del Cuerpo Técnico de Investigaciones seccional Floridablanca, para que a través de una visita domiciliaria a la residencia de la accionante estableciera: 1. Quienes integran su grupo familiar, en qué estrato reside y en qué condiciones se encuentra su vivienda (...); 2. Actividad económica de la accionante Antonia Angarita Mojica y de su núcleo familiar (...); 3. Personas y obligaciones a su cargo de la accionante, o si por el contrario, ésta depende de otra persona en cuyo caso, establecerá la capacidad económica de aquél; así mismo relacionar egresos tales como gastos, deudas servicios, alimentación, vestuario, gastos médicos, (...); 4. Indicar si recibe ayudas o subsidios de personas naturales o juritas; 5. Señalar quién provee económicamente el hogar de la accionante, de donde proviene los ingresos, y porqué valor, y si los mismos son suficientes para su subsistencia congrua”.

1. Posteriormente, el despacho de primera instancia, en sentencia proferida el 13 de abril de 2011, decidió negar el amparo, por considerar que la petente no le dio la posibilidad a los médicos adscritos a la EPS-S Solsalud que la valoraran y estudiaran la procedencia de la atención clínica requerida. Por consiguiente, estimó que no se cumple con una de las

subreglas previstas por la Corte Constitucional para ordenar un medicamento no incluido en POS-S, como es la existencia de la orden del médico tratante. Con esta lógica, el a quo resaltó que la demandada en cumplimiento de la medida provisional le programó a la paciente una cita de oftalmología el 15 de abril de 2011 en la que se determinaría si se autorizaba la cirugía “extracción extracapsular de cristalina por facoemulsificación OD con anillo de tensión capsular”. Por ende, revocó la medida cautelar dictada en el auto del 31 de marzo de 2011, dado que solo después de la valoración adelantada por los médicos adscritos a la accionada, puede autorizarse el procedimiento pretendido por la señora Angarita.

Aunque el juez reconoció la necesidad de la operación que requiere la demandante, toda vez que de acuerdo con los diferentes dictámenes médicos es imprescindible para “salvaguardar su órgano vital de la visión”.

De otro lado, en el caso de la exoneración de copagos y/o cuotas de recuperación concluyó que no eran igualmente procedentes, puesto que en la providencia no se autorizó ningún procedimiento.

1. Este fallo no fue impugnado por alguna de las partes, razón por la cual se remitió el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

1. Pruebas relevantes aportadas al proceso

1. Fotocopia del carné de la señora Antonia Angarita Mojica de Solsalud E.P.S. régimen subsidiado parcial, en el que se evidencia que se encuentra clasificada en el nivel 2 del SISBEN y afiliada a esta entidad promotora de salud. (Folio 5, cuaderno 2).

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la afectada, en la que figura que cuenta con 48 años de edad. (Folio 5, cuaderno 2).

1. Fotocopia del carné de la reclamante de Solsalud E.P.S. régimen subsidiado parcial, en el que se ejemplifica que se encuentra clasificada en el nivel 2 del SISBEN. (Folio 5, cuaderno 2).

1. Copias de las órdenes médicas y documentos de la epicrisis de la señora Angarita, en los que consta la necesidad de la realización del procedimiento quirúrgico “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD” expedida por los profesionales especializados de Salud de FOSCAL y el Hospital San Juan de Dios. Al mismo tiempo, destacan que la demora en la práctica de la cirugía implica un constante detrimento en la visión de la paciente con el paso del tiempo. (Folios 6 a 10, cuaderno 2).

1. Informe rendido por la Policía Judicial que verifica las condiciones socioeconómicas de la petente, consistentes en: i) su núcleo familiar esta compuesto por sus primos (Ilce Nine Reyes, Miguel Valderrama, Constanza Díaz y Laura Agudelo) con quienes vive en un inmueble estrato dos de propiedad de estos últimos; ii) no cuenta con trabajo desde diciembre de 2010, empero labora esporádicamente por días en una casa de familia devengando 20 o 25 mil pesos, quienes además le proporcionan comida y dormida; iii) aporta a su hogar con los oficios de la casa, no tiene personas a su cargo, la única deuda en su haber asciende a de \$ 150.000 pesos, no posee tarjetas de crédito o cuentas bancarias, ni vehículos, ni inmuebles. (Folios 20 a 24 y 35, cuaderno 2).

1. Pruebas Practicadas en sede de revisión

4.6.1 Mediante Auto del 23 de Noviembre de 2011, el despacho del Magistrado sustanciador se comunicó con la señora Antonia Angarita Mojica con el objeto de establecer en primer lugar, si se efectuó la cita médica programada por Solsalud EPS el 15 de abril de 2011 que tenía como propósito estudiar la procedencia de la cirugía “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD”, la cual fue ordenada por un médico no adscrito a la demandada. En segundo lugar, se interrogó a la demandante con el fin de identificar las conclusiones que arrojó dicho estudio, de haberse presentado. Igualmente, para determinar si la EPS accionada le practicó el procedimiento médico señalado a la requirente.

Atendiendo a lo anterior, la libelista informó que se realizaron dos citas de valoración médica, en las que se determinó que debía efectuarse la operación “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD” en el ojo derecho, de modo que el 2 de junio de 2011, Solsalud EPS-S emitió la correspondiente autorización y le comunicó que le llamarían para confirmarle el día y hora de la cirugía. Empero, nunca fue practicado el procedimiento clínico referido, por lo que la señora Angarita se dirigió nuevamente a la EPS-S con el fin de preguntar sobre el mismo, en donde le anunciaron que la orden de autorización había vencido. En efecto, le otorgaron una cita con el especialista para que fueran nuevamente ejecutados los exámenes que evidencien la necesidad del procedimiento antes autorizado. Aun así, la valoración médica no se ha presentado.

Aunado a lo anterior recalcó que, la empresa promotora de salud no le explicó en forma adecuada el procedimiento que debía adelantar para ejecutar la orden de la atención clínica “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD”, debido a que inicialmente le avisaron que este se realizaría con una llamada en la que sería agendado; a pesar de ello posteriormente, le notificaron que la orden había caducado, pues la tutelante no inició los trámites previstos en la normatividad.

Adicionalmente comunicó que, Solsalud EPS le entregó la droga Lumigan y Genteal en un término de 6 meses, dosis que duró aproximadamente un mes y medio. De esta forma, para obtención de la nueva prescripción debe igualmente asistir a las consultas con el profesional de salud.

Por último, con relación a los copagos y cuotas de recuperación afirmó la libelista que no le han sido cobrados ninguno de estos valores por concepto de la prestación de los servicios de salud.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia

dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico

1. En el presente asunto le corresponde a la Sala establecer si Solsalud E.P.S.-S y la Secretaria de Salud de Santander vulneraron los derechos fundamentales de Antonia Angarita Mojica a la vida, a la seguridad social y la salud, por una parte, al negar la autorización de la ejecución del procedimiento “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD” por ser ordenado por un médico no adscrito a la EPS, por otra al exigirle la cancelación de cuotas de recuperación y/o copagos en la prestación del servicio que requiera en razón de la enfermedad que padece. Al respecto, es preciso tener en cuenta que, dentro del anterior problema jurídico, subyace un cuestionamiento que debe abordar la Sala, el cual responde a determinar la procedencia de la acción de tutela para exonerar a un usuario hacia el futuro de las cuotas recuperadoras, de cualquier prestación en salud que le sea practicada.

1. Para resolver el interrogante jurídico planteado, la Sala reiterará y armonizará su jurisprudencia sobre: i) la protección constitucional del derecho fundamental a la salud y el principio de integralidad; ii) obligatoriedad del tratamiento de salud emitido por médicos no adscritos a la EPS tratante; iii) la naturaleza jurídica de las cuotas de recuperación y copagos, así como la exoneración de los mismos; y iv) el caso en concreto.

Dado que el problema jurídico que plantea la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala de Revisión reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia sobre la materia. Por tal razón, el presente fallo será motivado brevemente.³

La protección constitucional del derecho fundamental a la salud y el principio de integralidad.
Reiteración Jurisprudencial

1. La jurisprudencia de esta Corporación desde la sentencia T-760 de 2008 ha considerado que el derecho a la salud, es de raigambre fundamental, por lo que puede ser protegido a través de acción de tutela. Por ende, dejó de ampararlo con la condición de que vulnerará otro derecho de tal jerarquía como la vida, en lo que se denominó el criterio de conexidad⁴. Así las cosas, concluyó con fundamento en normas derecho internacional⁵ que su sola vulneración le concede la facultad a las personas para que le soliciten al juez constitucional su intervención y defensa de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, el precedente constitucional ha indicado que el núcleo esencial del derecho a la salud no solo obliga a resguardar la simple existencia física del ser humano, sino que se extiende a los ámbitos psíquicos y afectivos de la persona⁶.

4.2. Entonces, la fundamentabilidad de este derecho surge cuando se verifica alguno de los siguientes puntos: “(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.”⁷

4.3. Ahora bien, en relación con los servicios de salud incluidos y excluidos de los planes obligatorios, este Tribunal Constitucional ha aplicado un criterio simple, que permite establecer la procedencia de la acción de amparo respecto del derecho a la salud⁸; el cual se sintetiza en que “las personas tienen derecho a que se les preste de forma integral los servicios que requieran, conforme a la regulación establecida y con indiferencia de la pertenencia de los servicios al POS”.⁹ Lo anterior no es otra cosa que la vinculación directa del derecho a la salud con el principio de integralidad, que expresa que las personas deben recibir en el momento adecuado todas las prestaciones que pueden llevar efectivamente a la recuperación de su estado de salud.

4.4. Con relación a los servicios no incluidos dentro del citado esquema, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha depurado los criterios de acceso a los mismos y ha dicho: “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 (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) con necesidad el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”¹⁰

5. En esta misma lógica, el principio de integralidad tiene por finalidad mejorar las condiciones de existencia de los pacientes, prestando los servicios médicos en el momento adecuado, en otras palabras este mandato de optimización responde “a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva”¹¹. Así mismo, la integralidad en el servicio de salud implica que el doliente debe recibir el tratamiento de calidad que requiere según las condiciones de la patología que lo aquejan y las realidades científicas y médicas.

De donde se sigue que, “esta Corporación ha determinado que el juez de tutela, en virtud del principio de integralidad, deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”¹². Para finalizar, este mandato de optimización obliga a las empresas promotoras de salud a no entorpecer las órdenes médicas con procesos y trámites administrativos que impidan a los usuarios acceder a las prestaciones hospitalarias necesarias y requeridas para aliviarse de las enfermedades que padecen.

Obligatoriedad del tratamiento de salud emitido por médicos no adscritos a la EPS tratante

6.1. Dentro del Sistema de Seguridad Social de Salud, la persona facultada para determinar qué servicio requiere un paciente, es el médico tratante porque¹³: (i) ejecuta tal

competencia sustentado en criterios científicos; y (ii) es el profesional que se encuentra en contacto con el enfermo, quien tiene la mayor posibilidad de establecer cuál es el tratamiento más eficaz e idóneo para la enfermedad del convaleciente¹⁴. Por consiguiente, en principio el criterio “vinculante para la orden del servicio médico es el del profesional adscrito a la E.P.S, pues esta es la encargada de la prestación de las asistencias en Salud”¹⁵.

6.2. No obstante, esta Corporación ha flexibilizado esta regla, por dos vías: (a) estableciendo que es obligatorio acatar la orden de un médico particular reconocido por el sistema de salud, si no es desvirtuada por la E.P.S. con sustento en criterios técnicos, científicos y en las circunstancias médicas que constan en la historia clínica del paciente¹⁶ “sea porque: se valoró inadecuadamente a la persona; hubo ausencia de evaluación médica de los especialistas que sí estaban adscritos, sin importar el argumento que originó la mala prestación del servicio; o en el pasado, la entidad apreció y aceptó su dictamen como médico tratante”¹⁷; (b) cuando el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidas a priori, de manera concreta por el médico tratante, conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo¹⁸, por ejemplo, “(i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable,”¹⁹ que se ha referido a los sujetos de especial y reforzada protección constitucional vinculados a una patología que determinan la orden concreta del juez de tutela²⁰. Lo propio sucede en los casos de un claro incumplimiento y tratándose de una situación de especial urgencia, “el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva”²¹.

La naturaleza jurídica de las cuotas de recuperación y copagos, así como la exoneración de los mismos

7. El derecho a la salud se consagró en el artículo 49 de la Carta Política con la doble calidad de derecho y servicio público. Esta última dimensión le otorgó al Estado la función de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de

saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Esta es la razón, por la que el legislador en ejercicio la cláusula general de competencias expidió la Ley 100 de 1993, por la que se establece el Sistema de Seguridad Social integral, el cual “tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”²². Igualmente estipuló que, “comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro” ²³ . Al mismo tiempo, se encuentra conformado por “el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley”²⁴.

8.1. En esta lógica, se constituyeron dos regímenes al que tres categorías de participantes se afilian para acceder a los servicios de salud, de la siguiente manera (art. 157 Ley 100 de 1993): i) El primero de ellos, está constituido por personas con la capacidad económica para asumir un costo de cotizaciones obligatorias al sistema, es decir los afiliados al régimen contributivo quienes son vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes, cuyo aseguramiento corresponde a las empresas promotoras de salud; ii) al otro régimen pertenecen las personas pobres y vulnerables quienes son incapaces de apropiarse del pago total de las cotizaciones y que, en esa medida, requieren el subsidio parcial e incluso total del Estado, en otras palabras, los afiliados al régimen subsidiado²⁵. Además, dentro de esta categoría de usuarios se encuentran las personas de pocos recursos económicos que acceden al sistema como vinculados “mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado”.

Sobre todo, entre las personas beneficiarias del régimen subsidiado, se comprenden a la población urbana y rural de menores recursos económicos, dentro de los que el legislador destacó a sujetos 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.”²⁶ El criterio de focalización empleado para la determinación de la población susceptible de integrar este régimen se rige por la base de datos del Sistema de Identificación de Potenciales beneficiarios de Programas Sociales - SISBÉN-.

8.2. Específicamente, la prestación de los servicios de salud a los afiliados sin capacidad de pago se encuentra a cargo de las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado y las cajas de compensación familiar, quienes se obligan a otorgar los beneficios del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado contenido en el acuerdo 008 de 2009. Así mismo, conforme al artículo 216 de la ley 100 de 1993 el régimen subsidiado está dirigido, controlado y vigilado por la Nación, pero a nivel territorial corresponde a la dirección local de salud, en subsidiaridad y concurrencia entre el departamento y el municipio. De ahí que, los costos originados en la prestación de los servicios de salud incluidos en el POS-S se sufragaran con la unidad de pago por capitación (UPC) que es trasladada por la entidad territorial respectiva a la EPS-S que tiene afiliado al paciente. En el evento de los servicios excluidos del POS-S, podrán prestarse por instituciones públicas y privadas que tengan contrato con la entidad territorial encargada de asumir la responsabilidad, cuando demuestren el tipo, calidad y cantidad del servicio efectivamente ofrecido a la población subsidiada, lo cual será cancelado de acuerdo con el subsidio de oferta y el subsidio de demanda (arts. 9º del Decreto 3007 de 1997 y 14 del Decreto 806 de 1998).

9.1. En este estado de cosas, la Ley 100 de 1993 en su artículo 217 numeral 5 previó que los beneficiarios del sistema subsidiado contribuirán a la financiación parcial de la organización y prestación de servicios de salud, según su condición socioeconómica, conforme a la reglamentación que expida el consejo de seguridad social en salud. De allí que, el artículo 187 de la ley 100 estipula que los usuarios para acceder a los beneficios “estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles”, los cuales tiene la finalidad por una parte de “racionalizar el uso de servicios del sistema”, por otra de “complementar la financiación del plan obligatorio de salud”. No obstante, la norma en comento determina que “en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”. Por lo tanto, con el propósito de “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”.

9.2. Sobre el particular esta Corporación recalcó en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad del artículo referido la prohibición de que los pagos compartidos y las cuotas moderadoras no puedan convertirse en un obstáculo para el acceso a los servicios de salud, premisa igualmente extensiva para las cuotas de recuperación. Por consiguiente declaró “EXEQUIBLE el artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes, salvo la expresión “ y la antigüedad de afiliación en el Sistema” contenida en el inciso 2o. de ese mismo artículo 187, la cual se declara INEXEQUIBLE”²⁷. La exclusión del ordenamiento jurídico de esta última proposición normativa se produce porque no tiene relación con el objeto de la norma, el cual responde a regular el costo y la racionalidad del uso del servicio de salud.

10. En este orden de ideas, la Corte continuó señalando que “cuando una persona no tiene los recursos económicos para cancelar el monto de dichas cuotas, la exigencia de las mismas limita su acceso a los servicios de salud y, en el caso en que éstos se requieran con urgencia, se pueden ver afectados algunos derechos fundamentales, los cuales deben ser protegidos teniendo en cuenta su primacía frente a cualquier otro tipo de derecho”²⁸. Aun así, “es claro que si bien el sistema se fundamenta en el principio de solidaridad y con base en este se cobran los copagos y cuotas moderadoras, también es cierto que se aplica el principio de equidad y si el cobro de los mismos afecta la salud, el mínimo vital y la vida digna de los usuarios, se deben dejar de aplicar las normas que permiten dichos recaudos, con el fin de salvaguardar derechos superiores”²⁹.

11.1. Sin embargo, la Sala únicamente se pronunciará sobre las cuotas de recuperación y los copagos, en la medida que estos son los que deben cubrir los afiliados al régimen subsidiado por la prestación de los servicios en salud, pues ningún usuario o afiliado está obligado a pagar cuotas moderadoras por las atenciones hospitalarias previstas en el POS Subsidiado (Acuerdo 260 de 2004 artículos 1, 3 y 11).

11.2. Siendo Así, los copagos son los aportes realizados únicamente por los beneficiarios para cubrir una parte del servicio prestado y tienen el propósito de financiar el sistema de salud

(ibídem); en cambio las cuotas de recuperación, son los valores que deben pagar la población pobre en la prestación de los servicios de salud que no se encuentren cubiertos por el subsidio a la demanda, según como se establezca en el contrato de prestación de servicios de salud que para el evento suscriba el ente territorial con la institución prestadora de servicios y en lo excluido en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (artículo 18 del Decreto 2357 de 1995). Vale decir que, los copagos se cancelan tanto en régimen contributivo como en el subsidiado directamente a la empresa promotora del servicio de salud; mientras las cuotas de recuperación las pagaran los usuarios del régimen subsidiado a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) de la red pública, o las IPS privadas que tengan contrato con el Estado.

11.3. Así mismo, se consignaron unos mandatos de optimización que serán aplicados en los pagos compartidos pero no a las cuotas de recuperación al momento de fijar los montos que deben ser cancelados por los usuarios. En este sentido, de conformidad con el artículo 5 del Acuerdo referido se dispuso que deben respetarse los siguientes principios básicos:

“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.”

11.4. La Sala debe precisar que, la regulación del gobierno optó por estipular qué actos y procedimientos se encuentran eximidos de cancelar los copagos y las cuotas de recuperación. Agregan los decretos que, tampoco se encuentran obligados a costear estas últimas, ciertas personas que se encuentran en un estado de indefensión especial.

Con base en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004, todos los servicios de salud se encuentran sujetos a los pagos compartidos, salvo los siguientes: 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 6º del Acuerdo están sujetos al cobro de cuotas moderadoras.³⁰

Respecto de las cuotas de recuperación, quedan exonerados de su pago: i) la población indígena e indigente (artículo 18 del Decreto 2357 de 1995); ii) las madres gestantes y el niño menor de un año (artículos 43 y 50 de la Constitución Política). Conjuntamente no existirá la obligación de cancelarlas en las acciones y procedimientos de: i) Plan de Atención Básica (literal (a) del artículo 4º de la Resolución 4288 de 1996); ii) “las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida, las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública de la población pobre y vulnerable no afiliada al Régimen Subsidiado, según lo señalado en el artículo 13 de la Resolución 412 de 2000 y los incisos 1º y 2º del artículo 9º de la Resolución 3384 de 2000, excepto en los procedimientos que se realicen bajo el contexto de la atención de condiciones excepcionales o complicaciones de la enfermedades de interés en salud pública según el inciso 3º del artículo 9º de la Resolución 3384 de 2000; ni para la atención inicial de urgencias, según lo definido por el artículo 168 Ley 100 de 1993, el artículo 10º de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, y el numeral 4.1 de la Circular Externa No 14 de 1995 de la Superintendencia Nacional de Salud”³¹.

11.5. Por otra parte, la asignación de los valores de los copagos se aplicará dependiendo del ingreso base de cotización del afiliado cotizante,³² tanto en los pagos compartidos por evento como en el tope máximo anual de ellos. De similar forma, se presenta un límite por

evento cuando estemos en presencia de las cuotas de recuperación en salarios mínimos que depende del estado de indefensión que previo el marco normativo aplicable a los mismos.

En tal sentido, el Acuerdo 260 establece el monto de los copagos anuales, así como el límite de los mismos generados en un mismo evento³³. En efecto, el valor por anualidad permitido por concepto de pagos compartidos 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”³⁴.

Además, se restringe a un monto máximo los copagos efectuados por afiliado beneficiario en un año, el cual será establecido con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de la siguiente manera: “1. para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 57.5% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente; 2. para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente; 3. para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 460% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente”³⁵.

Por su parte, en las cuotas de recuperación el Decreto 2357 de 1995 determina que el tope máximo autorizado para estas se fijará de conformidad con las tarifas SOAT vigentes. De tal manera que, la población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el nivel 1 del SISBEN, las incluidas en los listados censales, o las personas que se encuentren afiliadas al régimen subsidiado que reciban atenciones no incluidas en el POS-S deberán pagar un 5% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal

vigente por la atención de un mismo evento. Aunque los individuos clasificados en el nivel 2 del SISBEN pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. En el caso de la población identificada en el nivel 3 de SISBEN se pagará hasta un máximo del 30 % del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento. A contrario sensu, la población con capacidad de pago pagará tarifa plena.

11.6. Por consiguiente, en relación con los afiliados del régimen subsidiado se puede aseverar que, los copagos tienen por objeto cubrir las prestaciones en el servicio de salud que se encuentren incluidos en el POS; mientras que las cuotas de recuperación ayudan a costear los gastos acaecidos en la prestación de atenciones NO-POS. Por eso, “se tiene que el cobro de copago y cuota de recuperación no puede ser simultáneo, ya que los mismos se aplican sobre conceptos diferentes, el primero (copago) sobre servicios incluidos en el POS – S o contributivo y el segundo (cuota de recuperación) sobre servicios no incluidos en el POS”³⁶.

11.7. Cabe acotar que, con relación a las normas reseñadas la jurisprudencia de la Corte ha establecido el precedente, conforme al cual se establecen las hipótesis en que se debe eximirse al afiliado de realizar los pagos compartidos y cuotas de recuperación, como consecuencia de la vulneración de algún derecho fundamental. Entonces, esta Corporación se dispuso a “inaplicar la regla del artículo 18 del Decreto 2357 1995, en lo que se refiere al pago de cuotas de recuperación por parte de personas vinculadas al sistema. Esta solución fue acogida también, entre otras, en los fallos T-714, T-829, T-1213 y T-1246, todas de 2004, y T-111, T-287, T-548, T-695 y T-837, estas últimas de 2005³⁷.

Estos casos de exoneración de copagos y cuotas de recuperación son: (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 valor³⁸ 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

servicio³⁹. 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.”⁴⁰

Anexo a estas reglas jurisprudenciales, la Corporación precisó que, “estos pagos moderadores o cuotas de recuperación no pueden constituirse en barreras de acceso a los servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos, y, los grupos más vulnerables de la población al igual que los usuarios que pertenecen al Régimen Subsidiado Nivel I del Sisbén, se encuentran exonerados por la ley de hacer dicho pago. En todo caso, el juez constitucional deberá analizar cada caso en particular y determinará si estos pagos obstaculizan el acceso al servicio de salud, y si como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales”⁴¹.

11.8. De las disposiciones referidas, a juicio de la Corte, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

i. La diferencia de los copagos y las cuotas moderadoras radica en la finalidad que el sistema general de salud previo para estos, toda vez que los primeros costean los servicios POS-S prestados al beneficiario; los segundos cubren parte de las erogaciones generadas en los procedimientos No POS-S.

ii) De ahí que, no puede existir simultaneidad en el cobro de los copagos y cuotas de recuperación en un mismo evento de salud, comoquiera que los supuestos de hecho que los causan son excluyentes.

iii) Los pagos compartidos son exigidos en el régimen contributivo y subsidiado, mientras que las cuotas de recuperación solo se reclaman en este último.

iv) Los dos conceptos tienen un tope máximo que se pagará por evento, el cual dependerá de la capacidad económica del usuario de salud, conforme a los sistemas previstos en los acuerdos y decretos, como son el índice de cotización o la clasificación del SISBEN. Aunque, los pagos compartidos cuentan con un límite de gasto anual puesto que se conciben como cancelaciones constantes para el acceso al servicio de salud; cosa que no ocurre con las

cuotas de recuperación ya que se consideran como excepcionales.

v) La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido una serie de reglas que excluyen en determinados casos a los usuarios del sistema de salud de cancelar los pagos compartidos o las cuotas de recuperación.

Caso concreto

12. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte se discute si Solsalud EPS y la Secretaria de Salud de Santander vulneraron los derechos fundamentales de la señora Antonia Angarita Mojica al negar la autorización por una parte de la ejecución del procedimiento "Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD" por ser ordenado por un médico no adscrito a la EPS; por otra la exoneración de las cuotas de recuperación y/o copagos en la prestación del servicio que requiera debido a la enfermedad que padece.

13.1. En esta lógica, la cirugía señalada no se encuentra contemplada en el POS-S en razón a que, no está comprendida en la cobertura de servicios para los afiliados en el Nivel II del SISBEN, específicamente en el tratamiento de la patología que padece la libelista. De este modo, la cirugía de extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación con anillo de tensión no se halla dentro de las atenciones de los casos con diagnóstico de cataratas de cualquier etiología en cualquier grupo de edad, ambulatoria, con hospitalización, quirúrgica, no quirúrgica, diagnóstica y terapéutica con las actividades de tratamiento, ni incluidos en los procedimientos (Art. 62 Numeral 2 Acuerdo 008 de 2009): i) con o sin implantación de lente intraocular; ii) la atención de las complicaciones inherentes a las cataratas y a su tratamiento; y iii) los procesos clínicos contenidos en el Anexo dos al acuerdo 008 de 2009.

13.2. Por lo tanto, la Sala aplicará las reglas jurisprudenciales construidas por esta Corporación para reclamar la prestación de un servicio de salud excluido del plan obligatorio de salud por medio de la acción de tutela, por parte de una persona inscrita en el régimen de salud subsidiado (supra 4.4).

13.3. La primera de las subreglas establecidas por la jurisprudencia, obedece a que la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de

quien lo requiere. En relación con el caso en concreto, se evidencia que todos los médicos que valoraron a la accionante, estimaron que la operación enunciada era necesaria para evitar que perdiera la visión, entre ellos los profesionales adscritos a la demandada que accedieron a la autorización de aquella (Fls 6 a 10, cuaderno 2).

13.5. En tercer lugar, esta Corporación ha establecido como requisito para la procedencia de la tutela dirigida a reclamar una asistencia no POS-S, que el interesado no pueda costearlo directamente, ni asumir las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y tampoco pueda acceder a este por otro plan distinto que lo beneficie. En sentencia T-022 de 201142 se consideró que las reglas probatorias en materia de incapacidad económica son las siguientes:

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

13.6. Estas condiciones se encuentran demostradas en el expediente, gracias al ejercicio probatorio del juez de instancia, ya que la paciente cuenta con un ingreso diario de veinte y cinco mil pesos \$ 25.000 no constantes que devenga al trabajar por días como empleada domestica en casas de familia, los cuales no son suficientes para la satisfacción de sus necesidades básicas y para el tratamiento de su enfermedad (Fl. 20 Cuaderno 2). Adicionalmente, dentro del plenario se probó que la demandante no cuenta con vivienda propia, debido a que habita en un inmueble estrato 2 de propiedad de sus primos, al igual que según consta en el certificado expedido por la oficina de instrumentos públicos de la ciudad de Floridablanca Santander no tiene bienes inmuebles de su propiedad (Fl. 35 Cuaderno 2). Lo propio ocurrió con la demostración de la ausencia de automotores en cabeza de la libelista proferido por la secretaria de transporte respectiva del municipio señalado (Fl. 21 Cuaderno 2). Así mismo, al tratarse de una negación indefinida Solsalud E.P.S-S no desvirtuó el elemento de insolvencia económica de la señora Angarita y de su familia (Fls 28 - 34 Cuaderno 2). Por último, se evidencia como indicio de su precariedad económica, la existencia de un crédito en el que la requirente debe ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000) (Fl. 20 Cuaderno 2).

13.7.1. El último requisito establecido por esta Corporación, se refiere a que el servicio médico debe ser ordenado por un profesional adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de la atención clínica al solicitante. No obstante, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte este requisito no es absoluto y puede flexibilizarse en pro de la satisfacción del derecho a la salud y el cumplimiento del principio de integralidad manifestado en la asistencia completa del servicio requerido por un paciente, que ostente la calidad de sujeto de especial protección constitucional como son los niños, los adultos mayores o los discapacitados (supra 6.2.). En este mismo sentido, la Corte inaplicó esta regla cuando el procedimiento médico fuera prescrito por un profesional de salud reconocido por el sistema de seguridad social que no se encuentre adscrito a la EPS, siempre que no sea desvirtuado por la entidad, con sustento en criterios técnicos, científicos y en las circunstancias médicas que constan en la historia clínica del paciente (Ibídem).

13.7.2. Si bien en primer lugar, la orden del procedimiento quirúrgico “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD” fue emitida por especialistas de salud no adscritos a Solsalud EPS, esta fue convalidada por los médicos de la institución demandada en valoración realizada el 15 de abril de 2011, y en citas posteriores que culminaron en autorizar la ejecución del

procedimiento enunciado el 2 de junio de la anualidad en curso, tal como lo manifestó la señora Angarita. Por consiguiente, el requisito jurisprudencial se encuentra cumplido, comoquiera que los galenos adscritos a Solsalud refrendaron las órdenes de sus colegas, externos a la entidad.

13.7.3. No obstante, la operación no se llevó a cabo por diversos inconvenientes administrativos que se concentran en las explicaciones erradas dadas a la petente para conseguir lo pretendido; de ahí que la orden se venciera sin su materialización. Incluso, la señora Angarita debe ser evaluada de nuevo en cita con el especialista, para que este expida los exámenes que ya fueron practicados hace meses, pero que como resultado del vencimiento de la prescripción clínica, deben sustentar la nueva orden de “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD”. Procedimiento que a todas luces implica una manera de dilatar el cumplimiento del derecho a la salud de la tutelante, toda vez que no recibe el tratamiento médico en el momento adecuado para recuperarse de la dolencia que padece. Una evidencia de ello, es que la orden solicitada se encuentra próxima a cumplir un año de haber sido expedida.

13.8. Siendo así, se configura una vulneración al derecho fundamental a la salud derivada de la satisfacción parcial de la misma garantía, manifestada en que por los diversos impases administrativos, la EPS-S no ha efectuado el procedimiento requerido. En este punto, se resalta el hecho de que Solsalud considera necesario que la usuaria vuelva a transitar el largo camino de cita con el especialista y exámenes correspondientes para autorizar de nuevo la operación, olvidando la necesidad prioritaria del procedimiento médico. Por lo anterior, la Corte ordenará a Solsalud EPS que le practique a la señora Angarita la operación enunciada en el término máximo de 1 semana contada a partir de la notificación de esta providencia, después de que se realicen los exámenes de rigor necesarios para el procedimiento.

14.1. Con referencia a la exoneración de los cobros de las cuotas de recuperación y los copagos, conforme a la parte motiva de esta sentencia, no se exigirán las cancelaciones de los mismos cuando una persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir su valor, con lo cual la entidad encargada de garantizar la

prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor, toda vez que estos no se pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios de salud.

14.2. Para el caso sub-judice, con base en las pruebas de la incapacidad económica enunciadas y valoradas por la Sala, resulta gravoso y desproporcionado a la tutelante exigirle los pagos reseñados porque esta no cuenta con un ingreso constante que pueda permitirle sufragar los gastos de su enfermedad (supra 13.6). Conjuntamente, es evidente que la señora Angarita no tiene los recursos suficientes para costear los 2 salarios mínimos que fungen como topes máximos de los desembolsos de las cuotas de recuperación a los afiliados de SISBEN II (Folios 20 a 24 y 35, cuaderno 2). Aunque, debe resaltarse como lo precisó la petente que la demandada no le ha obligado a realizar los pagos compartidos para entrega de las drogas de lumigan y genteal. Por lo tanto, se procederá a exonerar a la accionante de los desembolsos de los pagos compartidos y cuotas de recuperación.

15. Como resultado de las consideraciones precedentes, esta Sala revocará la decisión del juez de primera instancia y, en su lugar, ordenará a la EPS accionada por una parte, que asuma la prestación de los servicios de salud que en adelante requiera Antonia Angarita Mojica para enfrentar la enfermedad que padece, sin que le sean exigidos copagos y cuotas de recuperación por la atención médica que le sea brindada como parte del tratamiento, todo lo cual resulta necesario para garantizar los derechos a la vida digna y a la salud de la accionante; por otra que, autorice y ejecute el procedimiento quirúrgico "Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD" en la paciente en el término máximo de 1 semana contada a partir de la notificación de esta providencia, después de que se realicen los exámenes de rigor necesarios para el procedimiento, con el propósito de salvaguardar el principio de integralidad, elemento integrante del núcleo esencial del derecho a la salud.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Bucaramanga, en sentencia del 13 de abril de 2011 en relación con la tutela instaurada por Antonia Angarita Mojica y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la vida, a la seguridad social y a la salud.

Segundo.- ORDENAR a Solsalud E.P.S-S, Sucursal Floridablanca Santander que en el término una semana siguiente a la comunicación de la presente providencia practique la operación “Faco + Lio + Anillo de Tensión Capsular OD” en la paciente, después de que se realicen los exámenes de rigor necesarios para el procedimiento.

Tercero.- ORDENAR a la Entidad Promotora Solsalud E.P.S-S que una vez se surta la notificación del presente fallo, preste los servicios de salud que requiere la señora Antonia Angarita Mojica para enfrentar el “ulcera de cornea: catarata ojo derecho, miopía alta y glaucoma” que padece, sin que, al efecto, le sean exigidos copagos y cuotas de recuperación.

Cuarto.- PREVENIR a Solsalud E.P.S-S, para que, en el futuro se abstenga de incurrir en la conducta que dio origen a esta tutela y adelante las acciones de coordinación que sean necesarias para que se le preste a la demandante la atención integral requerida por el problema de salud planteado en esta acción, entre las que se incluyan evitar imponer trámites administrativos para el acceso a los servicios de salud.

Quinto.- ADVERTIR a Solsalud EPS que, en adelante, cumpla con el deber de acompañamiento de los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, proveyendo la información necesaria para la efectiva realización del derecho a la salud.

Quinto.- RECONOCER que Solsalud E.P.S-S, tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, para recuperar todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, en ejecución de los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de esta providencia. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por las E.P.S.

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

Cópiese, Notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA T-924/11

Referencia: Expediente T-3193668

Accionante: Antonia Angarita Mojica

Accionado: Secretaría de Salud de Santander y Solsalud EPS-S

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Salvo mi voto parcialmente frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Novena de Revisión en sesión del siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), por las razones que a continuación expongo:

La Sala en la sentencia de la cual me aparto, optó por ordenarle a la Solsalud EPS-S la realización de un procedimiento quirúrgico ordenado por un médico no adscrito a la misma. En nuestra opinión, el alcance que se le da a la orden del médico no adscrito no es el adecuado. Esto por cuanto, lo que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido es que la recepción por parte de una EPS de una orden médica de un profesional de la salud externo a su red de prestadores, activa el deber de la entidad de proceder a valorar a la persona para así determinar si el servicio de salud prescrito es o no el adecuado; y no, que dicha orden médica obligue directamente a la entidad. Una decisión como ésta, desdibujaría la estructura misma del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es decir, que el concepto del médico externo vincula a la EPS en tanto le genera el deber de confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones técnico-científicas y las particularidades médicas de cada caso⁴³. Por ello, en mi opinión la decisión que se ha debido adoptar en este caso era ordenarle a la EPS que realizara la valoración médica de la paciente y que con base en ésta procediera a confirmar, descartar o modificar la prescripción del médico externo. Y, de encontrar la EPS que la cirugía prescrita era la solución médica adecuada y pertinente para solucionar la afección de la paciente, que procediera a realizarla en el término de 48 horas.

En virtud de las anteriores consideraciones, me aparto de la decisión adoptada por la Sala.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 Diagnóstico aportado por la EPS Solsalud en la contestación de la acción de tutela (fl. 32 Cuaderno 2)

2 Sentencia T-854 de 2004

3 Con base en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre otras, en las sentencias T-481 de 2011, T-333 de 2009; T-332 de 2009; T-808 de 2008;

T-784 de 2008; T-1032 de 2007; T-689 de 2006; T-465A de 2006; T-810 de 2005; T-959 de 2004; T-392 de 2004; T-054 de 2002 y T-549 de 1995.

4 Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-346 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis

5 Entre estas se encuentran: El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que afirma en su párrafo 1º que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”; ii) El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen: “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho’; iii) la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”.

6 Sentencias T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-481 de 2011 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

7 Sentencias T-999 de 2008 M.P Humberto Antonio Sierra Porto.; T-931 de 2010 M.P Luis Ernesto Vargas Silva; T-022 de 2011 y T-091 de 2011 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

8 Sentencia T-481 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

9 *Ibíd.*

10 Sentencia T-760 de 2008.

11 Sentencia T-178 de 2011. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

12 Sentencia T-970 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 Sentencia T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002 y T-760 de 2008.

15 Sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001, T-476 de 2004 y T-760 de 2008.

16 Sentencias T-500 de 2007, T-083 de 2008, T-762 de 2006, T-760 de 2008 y T-184 de 2011.

17 Sentencia T-320 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

18 Sentencia T-184 de 2011.

19 Sentencia T-531 de 2009, T- 091 de 2011 y T-184 de 2011.

20 Sentencia T- 091 de 2011 y T-184 de 2011.

21 Sentencia T-284 de 2011.

22 República de Colombia, Congreso Ley 100 de 1993 art. 1

23 Ibídem.

24 Ibídem, art. 8

25 Ibídem. art. 157

26 Ibídem.

27 Sentencia C-542 de 1998, MP: Hernando Herrera Vergara.

28 Sentencia T-563 de 2010, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

29 Sentencia T-725 de 2010, MP: Juan Carlos Henao Pérez

30 Acuerdo 260 de 2004, Artículo 6º. Servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras. Se aplicarán cuotas moderadoras a los siguientes servicios, en las frecuencias que

autónomamente definan las EPS: // 1. Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada. // 2. Consulta externa por médico especialista. // 3. Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos. El formato para dicha fórmula deberá incluir como mínimo tres casillas. // 4. Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo cuatro casillas. // 5. Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo tres casillas. // 6. Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud. //

Parágrafo 1º. En ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias. // Parágrafo 2º. Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios. // Parágrafo 3º. Las cuotas moderadoras se pagarán al momento de utilización de cada uno de los servicios, en forma independiente.

31 Ministerio de la Protección Social, Concepto 118(Bogotá D.C., 2 de marzo de 2006)
Asunto: Rad. Int. Jur. 008930 del 06 - 02 - 06 Cobro de copagos y cuotas de recuperación

32 Op.cit, Acuerdo 260 de 2004, artículo 4

33 Ibídem. Art. 26 parágrafo 1: Se entiende por la atención de un mismo evento el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario.

34 Ibídem, art. 10

35 Ibídem, Art. 11

36 Ministerio de la Protección Social, Concepto 118(Bogotá D.C., 2 de marzo de 2006)
Asunto: Rad. Int. Jur. 008930 del 06 - 02 - 06 Cobro de copagos y cuotas de recuperación

37 Sentencia C-037 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinila.

38 Sentencias T-743 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-563 de 2010, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-725 de 2010, MP: Juan Carlos Henao Pérez y T-199 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

39 Sentencias T-330 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-563 de 2010, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-624 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-725 de 2010, MP: Juan Carlos Henao Pérez.

40 T-725 de 2010, MP: Juan Carlos Henao Pérez

41 Sentencia T-199 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

42 Ver también las sentencias T-306 de 2005, T-829 de 2004 y T-113 de 2002 entre otras.

43 Cf. Sentencia T-760 de 2008.

{p}