

PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Principios de integralidad y continuidad / PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Procedimiento respecto de una persona que requiere atención en salud y no está afiliada / PRINCIPIO DE CUBRIMIENTO UNIVERSAL - Garantía a ser afiliado al régimen contributivo o subsidiado

El artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 trae consigo una consecuencia que resulta relevante para la Sala, la cual deriva de obligación de la entidad territorial de iniciar el proceso de afiliación de la persona que aún no pertenece a alguno de los regímenes una vez solicita los servicios de salud, la cual es, que no deben existir personas categorizadas como participantes vinculados, pues inmediatamente requieren los servicios en salud deben ser incorporadas al Sistema General de Seguridad Social de Salud bajo el régimen contributivo o subsidiado... Los anteriores razonamientos permiten a la Sala establecer que el entendimiento actual del derecho fundamental a la salud implica no solo el acceso a los servicios de salud en condiciones óptimas de oportunidad, eficiencia y calidad, sino además, para eventos como el que ahora se examina, a ser afiliado a alguno de los regímenes de salud, sea el contributivo o el subsidiado. Esta última premisa deriva del principio de cubrimiento universal ya referido, cuya garantía y observancia recae en las entidades territoriales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 48 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 2 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 157 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 162 INCISO 1 / LEY 715 DE 2001 / LEY 1122 DE 2007 / LEY 1438 DE 2011 / LEY 1438 DE 2011 - ARTICULO 32

NOTA DE RELATORIA: la Corte Constitucional en sentencia T-611 de 2014 consideró que con la entrada en vigencia del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, los participantes vinculados dejaban de existir.

ENFERMEDAD CATASTROFICA DE ALTO COSTO - Cáncer / SISTEMA DE SALUD - Se fundamenta en el principio de solidaridad / EXCEPCION AL COBRO DE COPAGOS - Enfermedades catastróficas o de alto costo / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL - Persona que padece enfermedad de alto costo

Los servicios de salud para atender enfermedades catastróficas o de alto costo, punto que interesa a la Sala para resolver el caso que ahora la ocupa, están excluidos del pago de copagos. Sobre el punto, ha dicho la Corte Constitucional, son sujeto de especial protección constitucional aquellas personas que padecen enfermedades de alto costo y, en esa medida, se encuentran exoneradas de la obligación legal de realizar pagos, ...independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado... Establecido lo anterior, resulta trascendental definir cuáles son las patologías que se enmarcan bajo el rótulo de catastróficas o de alto costo. Este aspecto también ha sido analizado por la Corte Constitucional y frente a ello ha concluido que... no es un asunto completamente resuelto dentro de la normatividad nacional... La primera razón que justifica tal afirmación de parte de la Corporación Constitucional la reglamentación que hace referencia a algunas de las enfermedades que pueden considerarse catastróficas o de alto costo no puede considerarse taxativa y cerrada en atención a que su clasificación se encuentra atada al deber bienal de actualización impreso en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. La segunda, es que aunque actualmente le compete al Ministerio de Salud y Protección Social la actualización

de tal reglamentación, lo cierto es que históricamente han sido varias las entidades encargadas de identificar aquellas enfermedades que se pueden considerar como catastróficas o de alto costo. En esa medida, es dispersa la normativa que ha definido cuáles son esas enfermedades, por ende, debe el Juez Constitucional verificarla en conjunto... la Sala debe concluir que, actualmente, el cáncer y algunos de los procedimientos que se requieren para su tratamiento, están catalogados como enfermedades o servicios de alto costo. Significa lo anterior que, aquellos pacientes que sean diagnosticados con dicha enfermedad pueden estar exentos del pago de cuotas para los tratamientos o servicios referidos en las normas transcritas... si bien es cierto existe la exigencia reglamentaria de exigir pagos moderadores y cuotas de recuperación, también lo es que ella misma contempla la exoneración de tal deber al afectado en determinados eventos, como ocurre para el caso de las enfermedades catastróficas o de alto costo.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 187 / ACUERDO 260 DE 2004 CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / ACUERDO 260 DE 2004 - ARTICULO 7 CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / DECRETO 2357 DE 1995 - ARTICULO 18 NUMERAL 2 / DECRETO 2357 DE 1995 - ARTICULO 18 NUMERAL 3 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 28 PARAGRAFO / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 31 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 33 / DECRETO 2357 DE 1995 - ARTICULO 18 NUMERAL 2 / DECRETO 2357 DE 1995 - ARTICULO 18 NUMERAL 3 / RESOLUCION 3974 DE 2009

NOTA DE RELATORIA: Sobre la excepción a los pagos de cuotas moderadoras por cuenta de imposibilidad económica, ver sentencias T-330 de 2006, T-563 de 2010, T-725 de 2010 y T-815 de 2012, de la Corte Constitucional. En lo atinente a la condición de sujeto de especial protección constitucional de las personas que padecen una enfermedad catastrófica, consultar: sentencia T-611-14.

VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD - Negación del derecho a la afiliación al régimen subsidiado de seguridad social

Entendido que la protección actual del derecho fundamental a la salud no solo implica el acceso a los servicios de salud en condiciones óptimas de oportunidad, eficiencia y calidad, sino además a ser afiliado a alguno de los regímenes del sistema de seguridad social de salud, la Sala estima que existe una clara vulneración de dicho derecho del accionante pues, sin fundamento, la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Salud le ha negado el derecho a estar afiliado a alguno de los regímenes, para su caso, al subsidiado. Consecuencia de la anterior declaratoria, este juez constitucional ordenará a la Secretaría Distrital de Salud que disponga todos los trámites administrativos necesarios para que, de manera inmediata, realice la afiliación al régimen subsidiado del tutelante. Desde luego, también se ordenará que para el cumplimiento de esta orden la Secretaría brinde el acompañamiento que el tutelante requiera para escoger y afiliarse la E.P.S.S. de su preferencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2357 DE 1995 - ARTICULO 18 NUMERAL 2 / LEY 1438 DE 2011 - ARTICULO 32

EXCEPCION AL PAGO DE CUOTAS MODERADORAS Y DE RECUPERACION - Enfermedades catastróficas o de alto costo

El material probatorio permite a la Sala concluir que, de un lado, las condiciones económicas del tutelante son precarias pues la calificación del Sisben da cuenta de los escasos recursos para costear su tratamiento; y del otro, que padece cáncer, esto es, una enfermedad catalogada como catastrófica y los procedimientos prescritos para su manejo clínico la hacen una patología cuyo tratamiento es de alto costo. Entonces, definida la situación descrita en el párrafo anterior, la Sala debe precisar que más allá de determinar si el actor debe asumir costos de pagos moderadores o cuotas de recuperación en virtud a la naturaleza de afiliación al sistema de seguridad social en salud o a la de los procedimientos prescritos por su médico tratante, lo cierto es que ninguno de dichos factores puede ser visto como una barrera que le impida acceder a los servicios en salud, pues basta con verificar que padece una enfermedad catastrófica de alto costo, como en efecto ya lo hizo este Juez Constitucional. Descrita la condición del tutelante, la Sala verifica que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, por ende, de conformidad con la ley y la jurisprudencia, es responsabilidad de las entidades encargadas, en este caso de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Salud velar porque se garantice su ejercicio pleno del derecho a la salud. Así, como la continuidad en la prestación del servicio de salud, correspondiente para el tratamiento del tumor cerebral que le ha sido diagnosticado al tutelante, se está viendo afectado por la especial situación económica del accionante y por la condición de enfermedad de alto costo que padece, es que la Sala concluye que en observancia al criterio jurisprudencial referenciado antes, debe inaplicarse la reglamentación y eximirse al actor del pago de cualquier suma de dinero que obstaculice su acceso efectivo a la prestación de los servicios de salud requerido. En consecuencia, se ordenará a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que de manera inmediata, preste los servicios de salud que requiere el actor para enfrentar la enfermedad catastrófica que padece, a través de la institución prestadora de servicios de salud que corresponda, sin que le sean exigidos pagos de ninguna naturaleza por la atención médica que le sea brindada como parte del tratamiento para el tumor maligno del cerebro que padece. Por último, la Sala estima conveniente que la presente decisión le sea comunicada íntegramente al Instituto Nacional de Cancerología en la medida en que es la autoridad encargada de recoger y trasladar al Distrito las cuotas que recibe de parte de los usuarios a quienes atiende.

NOTA DE RELATORIA: El reparto de la presente acción de tutela compete a los Juzgados Municipales de Bogotá, sin embargo, la Corporación asumió su conocimiento debido al cese de actividades por el paro judicial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá, D.C., cinco (05) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04332-00(AC)

Actor: MANUEL EDUARDO CELEITA FORERO

**Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA D.C. - SECRETARIA
DISTRICTAL DE SALUD Y OTRO**

Procede la Sala a resolver la tutela promovida por el señor Manuel Eduardo Celeita Forero en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría Distrital de Salud y el Instituto Nacional de Cancerología.

1.- La petición de amparo

Con escrito radicado el 11 de diciembre de 2014 en la Secretaría General de esta Corporación (fls. 1-7), el señor Manuel Eduardo Celeita Forero, actuando en nombre propio, presentó tutela contra la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Salud y el Instituto Nacional de Cancerología, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por parte de esas entidades porque le exigen el pago del “5%” del costo de los procedimientos ordenados para el tratamiento del *“tumor maligno del cerebro”* que le fue diagnosticado.

En consecuencia, solicitó que se ordene a las autoridades demandadas garantizar en forma permanente, oportuna y *“sin cobro alguno”* los tratamientos para su enfermedad que incluye los medicamentos *“POS y no POS”*, los exámenes generales y especializados, y los servicios de hospitalización y cirugía cuando sean del caso.

2.- Hechos

El señor Manuel Eduardo Celeita Forero tiene 31 años, fue diagnosticado con *“...un tumor maligno en el cerebro...”*, es *“...afiliado al sistema general de seguridad social de salud, régimen subsidiado y la entidad encargada de suministrar [sus] recursos en la salud es la Secretaría Distrital de Salud...”*.

El tratamiento para su enfermedad se lo brinda el Instituto Nacional de Cancerología donde el médico tratante le ha ordenado la realización de varios *“procedimientos”* y el suministro de medicamentos tales como *“...temozolamida de 100 mg (90) cápsulas y temozolamida de 20 mg (90) cápsulas...”*.

3.- Fundamentos jurídicos de la tutela

Afirmó el tutelante que la Secretaría Distrital de Salud no le “...autoriza los procedimientos ordenados por el médico tratante aduciendo que debe cancelar el 5%...” de su costo, monto que le es imposible pagar porque no cuenta los recursos para ello pues se trata de una enfermedad de alto costo.

Refirió que como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, las enfermedades de alto costo que reciben tratamiento mensualmente, como la que él padece, están exentas de “...copagos o cuotas moderadoras...”; y los medicamentos, procedimientos y servicios que se ordenen, deben entregarse aunque no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Señaló que la situación descrita le impide “...adelantar un tratamiento eficaz que [le] permita mantener una buena calidad y cantidad de vida, (...) puesto que el cáncer es una enfermedad progresiva que requiere atención inmediata”.

4.- Trámite y contestación de la tutela

Con auto de 16 de diciembre de 2014 se admitió la tutela y se ordenó notificar como tutelados al Secretario de Salud del Distrito de Bogotá y al Director del Instituto Nacional de Cancerología (fls. 26-29).

En dicha providencia también se dispuso decretar la medida provisional solicitada con la demanda. Al efecto se ordenó a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que:

a) En el término máximo de veinticuatro horas autorizara y entregara al accionante: (i) 60 tabletas de Ondansetron 8 mg tab; (ii) 15 tabletas de Trimetoprim + Sulfametoxazol 160 + 800 mg tab; (iii) 90 tabletas de Temozolamida 100 mg cápsula; y, (iv) 90 tabletas de Temozolamida 20 mg cápsula.

b) Que autorizara los procedimientos médicos prescritos por el médico tratante: (i) Monoquimioterapia (ciclo de tratamiento); (ii) consulta de primera vez por medicina ESP; (iii) consulta de control o seguimiento médico; (iv) transaminasa Glutámico o Oxalacetina o ASP; (v) Transaminasa Glutamicapiruvica o Alanino; (vi) creatinina en suero, orina u otros; (vii) bilirrubinas total y directa; y, (viii) hemograma (Hemoglobina, Hematocrito).

Enviadas las comunicaciones respectivas, las autoridades accionadas contestaron la demanda como sigue:

4.1.- Secretaría Distrital de Salud

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) contestó la demanda con escrito en el que solicitó que la acción de tutela fuese declarada improcedente, pues el ente territorial no es el encargado directo de la prestación del servicio de salud en virtud de la prohibición contenida en el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007.

Aclaró que el tutelante tiene 54,04 como calificación del Sisbén, puntaje que lo ubica en el nivel 2 del Sistema de Selección de Beneficiarios Para Programas Sociales. Sin embargo, señaló que está *“retirado”* de la EPS Cruz Blanca, lo que significa que no se encuentra *“...afiliado a ningún régimen, eso es subsidiado ni contributivo...”*, por ende, en condición de *“participante vinculado”* su derecho a la salud es garantizado con cargo a los recursos del Fondo Financiero Distrital y *“...a través de los 22 hospitales de la red pública Distrital...”*, entre los que se encuentra el Instituto Nacional de Cancerología.

Indicó que es en virtud de la normativa que rige la materia y en la calificación y nivel del Sisbén que tiene el tutelante, que él tiene el deber de costear el *“10%”* de las *“cuotas de recuperación”* derivadas de los servicios de salud que se le presenten, pues el ente territorial no está facultado legalmente para condonar dichos pagos.

Afirmó que la entrega de las medicinas ordenadas para el tratamiento de su enfermedad debe surtir el trámite previsto en el artículo 26 de la Ley 1438 de 2011, según el cual la prescripción médica debe someterse a consideración del Comité Técnico – Científico de la entidad promotora de salud, organismo que en un término de 2 días calendarios decidirá sobre la aprobación del medicamento.

Adujo que el tutelante tiene el deber de afiliarse a una de las E.P.S.S., Capital Salud o Caprecom, mediante un trámite que debe realizar personalmente, pues de esta manera se le garantizará la atención en salud como usuario del régimen subsidiado (fls. 37-39).

4.2.- Instituto Nacional de Cancerología

La Dirección de la entidad contestó la demanda con escrito en el que solicitó la desvinculación procesal de la entidad, pues en calidad de Institución Prestadora de Servicios no tiene la posibilidad de exonerar a los pacientes de los costos generados por sus tratamientos.

Señaló que son las “aseguradoras”, esto es, las E.P.S., las E.P.S.S. y las Entidades Territoriales – Secretaría de Salud según sea el régimen “Contributivo, Subsidiado o Vinculado” respectivamente, las encargadas de remitir y autorizar a sus afiliados para que sean atendidos por las I.P.S., en esa medida, afirmó que son esas entidades las que deciden “...eximir o no los costos de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación...” y, consecuentemente, asumir “...el 100% del valor del tratamiento al paciente para luego hacer el recobro correspondiente...”.

Refirió que como parte del trámite que se surte para la prestación de los servicios de salud las “...aseguradoras tienen derecho a una cuota moderadora, cuota de recuperación o copago (según el caso), por los servicios que costea a sus afiliados, son las I.P.S. de su Red las que recogen y trasladan a aquellas aseguradoras estas cuotas, obligación que se genera en virtud de la ley y los contratos.” (fls. 73-77).

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el Decreto 1382 de 2000, el caso objeto de estudio correspondería por competencia funcional y territorial en primera instancia a los Juzgados Municipales de Bogotá. Sin embargo, el examen de la tutela sigue a cargo de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la medida en que el 12 de noviembre de 2014 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación determinó avocar conocimiento de las acciones constitucionales que fueron radicadas ante la Secretaría General durante el periodo del paro judicial del año 2014, como sucedió con la presente acción constitucional.

2. Asunto bajo análisis

A partir de los antecedentes, corresponde a la Sala determinar si la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Instituto Nacional de Cancerología vulneraron los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, del señor Manuel Eduardo Celeita Forero porque le están exigiendo el pago de un porcentaje del costo de los procedimientos que le han ordenado para el tratamiento del *“tumor maligno del cerebro”* que padece, sin tener en cuenta que se trata de una enfermedad catastrófica de alto costo y que no cuenta con los recursos para ello.

Para resolver el problema jurídico establecido la Sala se referirá brevemente al *i)* estado actual del derecho a la salud; al *ii)* tratamiento de los *“participantes vinculados”*; luego a la *iii)* excepción de pagos para el caso de las enfermedades catastróficas y de alto costo para, finalmente, *iv)* pronunciarse sobre el caso concreto.

3. El derecho a la salud, el caso de los *“participantes vinculados”* y la excepción de pagos moderadores por enfermedades catastróficas o de alto costo

3.1. Sobre el derecho a la salud

El desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la salud ha sido constante. De esa manera, del examen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia se identifican dos grandes fases de dicho proceso. En un primer momento se consideró que el amparo del derecho a la salud vía tutela era posible gracias a la conexidad con otros derechos fundamentales. En tales eventos, su protección de manera autónoma se brindaba únicamente a los menores de edad y, en general, cuando se trataba de un sujeto de especial protección.

Posteriormente, se le dio a la salud la categoría de derecho fundamental, cuya protección es autónoma. Ello ocurrió a partir de la sentencia T-859 de 2003, donde se estableció que existe un derecho a recibir la atención de salud definida ya sea en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud o el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Tal tesis trajo como consecuencia que la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en alguno de dichos planes, implica la vulneración del derecho a la salud del paciente.

Desde luego, ha aclarado la Corte Constitucional, el amparo del derecho a la salud no es consecuencia directa de alegar su condición de fundamental, pues ello solo es posible luego de verificarse que se cumplan en condiciones de oportunidad, eficiencia y calidad, las previsiones normativas que estipulan los criterios de acceso al sistema en salud y de las prestaciones obligatorias.

Fue precisamente en el marco de tal criterio que la Corte Constitucional, tomando como fundamento el artículo 2º de la Ley 100 de 1993¹, se refirió a los principios de integralidad² y continuidad, pues es bajo la observancia de tales máximas que se debe verificar el cumplimiento de la prestación de los servicios en salud por parte de las entidades tuteladas.

Así las cosas, precede al amparo que sea el médico tratante el que prescriba o defina los medicamentos, procedimientos o servicios requeridos por el paciente para que el diagnóstico cambie de manera favorable, y no que el tutelante desee que le presten servicios de salud indeterminados.

¹ El artículo 2º de la ley 100 de 1993 indica que el servicio público esencial de seguridad social debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Específicamente, en el literal d) se dispuso: *“INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley.”*

² Dijo la Corte Constitucional sobre este principio en sentencia T-487 de 2014: *“Al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de integralidad debe ser entendido como la obligación que tienen las EPS de otorgar los servicios, procedimientos, tratamientos, medicamentos y seguimiento necesarios para mejorar el estado de salud de los usuarios del sistema, respetando los límites que regulan las prestaciones de salud”*. También dijo en sentencia T-760 de 2008: *“El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir. Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales² y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.*

Al respecto ha dicho la Corte que ‘(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente² o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.’”

3.2. Sobre los “participantes vinculados”

La Constitución Política consagró en los artículos 48 y 49 la Seguridad Social y la atención en salud como servicios públicos obligatorios a cargo del Estado.

La Ley 100 de 1993, que desarrolla tales normas constitucionales, implementó el Sistema General de Seguridad Social de Salud, y su artículo 2º consagró como principio originario el de la búsqueda de cobertura universal de la población colombiana.

Como método para conseguir el cubrimiento universal, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993³ estableció la existencia de dos tipos de regímenes: el contributivo y el subsidiado, y una categoría adicional de usuarios del sistema, a los que se les denominaba “participantes vinculados”. Simultáneamente, el inciso 1º del artículo 162 de la Ley en comento estableció que el Sistema General de Seguridad Social de Salud debería crear las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001.

Con el propósito de ampliar el cubrimiento en salud a los ciudadanos más pobres fue expedida la Ley 715 de 2001 y luego la Ley 1122 de 2007⁴. Esta última amplió el plazo para la cobertura universal en salud en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén dando al gobierno 3 años más. Posteriormente, fue proferida la Ley 1438 de 2011⁵ y con ella se dispuso que todos los “residentes” en el país debían estar afiliados al sistema.

³ El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece dos tipos de afiliaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud: “1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana...”.

Agregó que: “A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado...”

⁴ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones”.

El artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 estableció el procedimiento que las entidades territoriales deben seguir en aquellos eventos en los que una persona, no afiliada a ninguno de los regímenes, accede al sistema de salud. La norma en comento dice:

“(…)

Cuando una persona requiera atención en salud y no esté afiliado, se procederá de la siguiente forma:

32.1 Si tiene capacidad de pago cancelará el servicio y se le establecerá contacto con la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo de su preferencia.

32.2 **Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente.** La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud.

Si no tuviera documento de identidad, se tomará el registro dactilar y los datos de identificación, siguiendo el procedimiento establecido por el Ministerio de la Protección Social en coordinación con la Registraduría Nacional del Estado Civil para el trámite de la afiliación”. (Negrillas de la Sala).

El artículo transcrito trae consigo una consecuencia que resulta relevante para la Sala, la cual deriva de obligación de la entidad territorial de iniciar el proceso de afiliación de la persona que aún no pertenece a alguno de los regímenes una vez solicita los servicios de salud, la cual es, que no deben existir personas categorizadas como “*participantes vinculados*”, pues inmediatamente requieren los servicios en salud deben ser incorporadas al Sistema General de Seguridad Social de Salud bajo el régimen contributivo o subsidiado.

Al respecto, sobre los alcances del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, la Corte Constitucional en sentencia T-611 de 2014 consideró que con la entrada en vigencia de tal norma, los “*participantes vinculados*” dejaban de existir, pues este

era el querer del Legislador y así limitar el sistema de salud a la existencia de los dos regímenes conocidos. En tal providencia dijo:

“(…)

La introducción del artículo 32 implicó no solo la desaparición de la figura de “participantes vinculados” del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud.

(…)”

Los anteriores razonamientos permiten a la Sala establecer que el entendimiento actual del derecho fundamental a la salud implica no solo el acceso a los servicios de salud en condiciones óptimas de oportunidad, eficiencia y calidad, sino además, para eventos como el que ahora se examina, a ser afiliado a alguno de los regímenes de salud, sea el contributivo o el subsidiado. Esta última premisa deriva del principio de cubrimiento universal ya referido, cuya garantía y observancia recae en las entidades territoriales.

3.3. Las enfermedades catastróficas o de alto costo como excepción al sistema de pagos moderadores y de cuotas de recuperación

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece⁶:

“ARTICULO. 187.-**De los pagos moderadores.** Los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del plan obligatorio de salud.

En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la antigüedad de afiliación en el

⁶ Artículo declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-542 de 1998. Aparte subrayado declarado **INEXEQUIBLE** en la misma sentencia C-542 de 1998.

sistema, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del consejo nacional de seguridad social en salud.

Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las entidades promotoras de salud, aunque el consejo nacional de seguridad social en salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de promoción de salud del fondo de solidaridad y garantía.

PARÁGRAFO.-Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud.”

La norma transcrita contempló para el Régimen General de Seguridad Social en Salud la existencia de pagos moderadores para el sostenimiento y racionalización en el uso del sistema de salud. Igualmente, el Legislador advirtió que los pagos moderadores no podían transformarse en barreras de acceso al servicio bajo ninguna circunstancia.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en desarrollo de tal norma, expidió el Acuerdo 260 de 2004⁷ en donde se establecieron: i) las clases de pagos moderadores (cuota moderadora y copago)⁸; ii) la manera en que se fijan; y, iii) las excepciones a su pago.

Según esta regulación, los montos de los pagos moderadores (tanto las cuotas moderadoras como los copagos) son fijados con fundamento en “...el ingreso base de cotización del afiliado cotizante...”⁹.

Por su parte, las cuotas de recuperación son los dineros que debe pagar directamente a los Prestadores de Servicios de Salud i) el usuario pobre no asegurado por los servicios prestados, esto es el “*participante vinculado*” (artículos 18, numerales 2 y 3 del Decreto 2357 de 1995¹⁰ y 33 del Decreto 806 de 1998¹¹); ii) el afiliado al régimen subsidiado que requiera un servicio no cubierto por el Plan

⁷ “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

⁸ “**Artículo 3º.** Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. Las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.

Parágrafo. De conformidad con el numeral tercero del artículo 160 de la Ley 100 de 1993, es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes”.

⁹ Artículo 4º del Acuerdo 260 de 2004.

¹⁰ “Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

¹¹ “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.”

Obligatorio de Salud Subsidiado, (artículos 18, numeral 3º del Decreto 2357 de 1995 y 31 del Decreto 806 de 1998¹²); y, *iii*) el afiliado al régimen contributivo que acuda a las instituciones públicas y privadas que tengan contrato con el Estado para la atención de servicios adicionales a los incluidos en el POS y que no tenga capacidad de pago (parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998¹³).

El monto de cuotas de recuperación se encuentra limitado, según lo establecido por los numerales 2º y 3º del artículo 18º del Decreto 2357 de 1995, así:

1. La población **identificada** en el nivel 1 del Sisben o incluida en los listados censales pagará el 5% del valor de los servicios.
2. La población **identificada** en el nivel 2 del Sisben pagará el 10% del valor de los servicios.
3. La población **identificada** en el nivel 3 del Sisben pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios.

Ahora bien, en la medida en que el sistema de salud se fundamenta en el principio de solidaridad, y con fundamento en ello se cobran los copagos y cuotas moderadoras, lo cierto es que jurisprudencialmente¹⁴ se ha establecido que cuando el cobro de los pagos moderadores afecta el acceso al derecho a la salud o vulnera derechos como el mínimo vital y la vida digna de los usuarios, entonces, con el fin de protegerlos, es posible inaplicar aquellas normas que establecen dichos recaudos.

Al respecto se encuentra que la Corte Constitucional ha establecido dos escenarios en los cuales se inaplican las normas que regulan los pagos

¹² “Artículo 31. Prestación de servicios no cubiertos por el POS subsidiado. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.”

¹³ “Artículo 28. Beneficios de los afiliados al Régimen Contributivo. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:
(...)

Parágrafo. Cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.”

¹⁴ Sentencia T-725 de 2010.

moderadores. El primero de ellos está relacionado directamente con las condiciones económicas del paciente y de su familia¹⁵, y el segundo, por excepciones específicas de la misma normativa frente a determinados servicios en salud.

La excepción a los pagos moderadores por cuenta de imposibilidad económica la ha establecido la Corte Constitucional en su jurisprudencia para los siguientes eventos:

“(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 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 éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio”¹⁶.

Y en lo que a las excepciones que contiene la normativa se refiere, la Corte Constitucional ha hecho referencia al artículo 7º del Acuerdo 260 de 2004, que enumera los siguientes servicios excluidos de copagos:

¹⁵ Resta indica que, en entencias T-113 de 2002, T-829 de 2004, T-306 de 2005, T-022 de 2011 y T-648 de 2011, entre otras, la Corte Constitucional que “para establecer si el cobro de los pagos moderadores realmente compromete el mínimo vital y con ello el derecho a la salud de una persona, es necesario tener en cuenta unas reglas jurisprudenciales en materia de valoración probatoria, que deben ser aplicadas en los casos en los que los peticionarios aleguen la imposibilidad económica de asumir los copagos exigidos durante la prestación de un servicio de salud.” Las reglas establecidas 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; (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”.

¹⁶ Sentencias T-330 de 2006, T-563 de 2010, T-725 de 2010 y T-815 de 2012.

“Artículo 7º. Servicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de:

1. Servicios de promoción y prevención.
 2. Programas de control en atención materno infantil.
 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles.
 4. **Enfermedades catastróficas o de alto costo.**
 5. La atención inicial de urgencias.
 6. Los servicios enunciados en el artículo precedente”.
- (Negrillas de la Sala).

Como se ve, la lista anterior enuncia que los servicios de salud para atender enfermedades catastróficas o de alto costo, punto que interesa a la Sala para resolver el caso que ahora la ocupa, están excluidos del pago de copagos. Sobre el punto, ha dicho la Corte Constitucional, son sujeto de especial protección constitucional aquellas personas que padecen enfermedades de alto costo y, en esa medida, se encuentran exoneradas de la obligación legal de realizar pagos, “...independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado...”¹⁷.

Establecido lo anterior, resulta trascendental definir cuáles son las patologías que se enmarcan bajo el rótulo de catastróficas o de alto costo. Este aspecto también ha sido analizado por la Corte Constitucional y frente a ello ha concluido que “...no es un asunto completamente resuelto dentro de la normatividad nacional...”¹⁸.

La primera razón que justifica tal afirmación de parte de la Corporación Constitucional la reglamentación que hace referencia a algunas de las enfermedades que pueden considerarse catastróficas o de alto costo no puede considerarse taxativa y cerrada en atención a que su clasificación se encuentra atada al deber bienal de actualización impreso en el Sistema General de Seguridad Social en Salud¹⁹.

¹⁷ Sentencia T-611-14.

¹⁸ Sentencia T-894-13.

¹⁹ En efecto, así lo contempla la Ley 1438 de 2011 que prescribe como deberes del Gobierno Nacional, el hecho de garantizar, de una parte, (i) la actualización del POS “una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios”; y, de otra, (ii) la evaluación integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud cada cuatro (4) años, con base en indicadores como “la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo” con el objeto de complementarlas Corte Constitucional, Sentencia T-894 de 2013.

La segunda, es que aunque actualmente le compete al Ministerio de Salud y Protección Social²⁰ la actualización de tal reglamentación, lo cierto es que históricamente han sido varias las entidades²¹ las encargadas de identificar aquellas enfermedades que se pueden considerar como catastróficas o de alto costo. En esa medida, es dispersa la normativa que ha definido cuáles son esas enfermedades, por ende, debe el Juez Constitucional verificarla en conjunto.

Entonces, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 3974 de 2009²², proferida por el Ministerio y que es la más reciente de las reglamentaciones proferida por esa autoridad y que se refiere en general²³ al asunto que ahora interesa a la Sala, se consideran enfermedades de alto costo las siguientes:

“Artículo 1°. Enfermedades de Alto Costo. Para los efectos del artículo 1° del Decreto 2699 de 2007, sin perjuicio de lo establecido en la Resolución 2565 de 2007, téngase como enfermedades de alto costo, las siguientes:

- a) Cáncer de cérvix
- b) Cáncer de mama
- c) Cáncer de estómago
- d) Cáncer de colon y recto
- e) Cáncer de próstata
- f) Leucemia linfoide aguda
- g) Leucemia mieloide aguda
- h) Linfoma hodgkin
- i) Linfoma no hodgkin
- j) Epilepsia
- k) Artritis reumatoidea
- l) Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”.

Por su parte, el plan de servicios POS que aplica tanto para el régimen contributivo como subsidiado²⁴, presenta un listado taxativo referente a los

²⁰ Según el Decreto 2562 de 2012, en cabeza de la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud.

²¹ En un principio, la competencia para definir las enfermedades ruinosas o de alto costo le fue otorgada al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSSS-, luego a la Comisión de Regulación en Salud –CRES- y por último, la competencia fue trasladada

²² “Por la cual se adoptan unas determinaciones en relación con la Cuenta de Alto Costo.” Diario Oficial núm. 47.516 del 28 de octubre de 2009.

²³ Se dice “en general” porque, por ejemplo, la Resolución No. 2565 de 2007 fue dictada con el propósito de establecer, específicamente, que la “Enfermedad Renal Crónica en fase cinco con necesidad de terapia de sustitución o reemplazo renal”, es una enfermedad de alto costo.

²⁴ Contenido en el Acuerdo 029 de 2011 “Por medio del cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud” y la Resolución 5521 de 2013 “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”

procedimientos considerados de alto costo. El artículo 126²⁵ de la Resolución 5521 de 2013, establece:

“ARTÍCULO 126. ALTO COSTO. Sin implicar modificaciones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, entiéndase para efectos del cobro de copago los siguientes eventos y servicios como de alto costo.

A. ALTO COSTO RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

1. Trasplante renal, corazón, hígado, médula ósea y córnea.
2. Diálisis peritoneal y hemodiálisis.
3. Manejo quirúrgico para enfermedades del corazón.
4. Manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central.
5. Reemplazos articulares.
6. Manejo médico quirúrgico del paciente gran quemado.
7. Manejo del trauma mayor.
8. Diagnóstico y manejo del paciente infectado por VIH.
9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer.
10. Manejo de pacientes en Unidad de Cuidados Intensivos.
11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas.

B. ALTO COSTO RÉGIMEN SUBSIDIADO:

1. Trasplante renal, corazón, hígado, médula ósea y córnea.
2. Manejo quirúrgico de enfermedades cardíacas, de aorta torácica y abdominal, vena cava, vasos pulmonares y renales, incluyendo las tecnologías en salud de cardiología y hemodinamia para diagnóstico, control y tratamiento, así como la atención hospitalaria de los casos de infarto agudo de miocardio.
3. Manejo quirúrgico para afecciones del sistema nervioso central, incluyendo las operaciones plásticas en cráneo necesarias para estos casos, así como las tecnologías en salud de medicina física y rehabilitación que se requieran, asimismo, los casos de trauma que afectan la columna vertebral y/o el canal raquídeo siempre que involucren daño o probable daño de médula y que requiera atención quirúrgica, bien sea por neurocirugía o por ortopedia y traumatología.
4. Corrección quirúrgica de la hernia de núcleo pulposo incluyendo las tecnologías en salud de medicina física y rehabilitación que se requieran.
5. Atención de insuficiencia renal aguda o crónica, con tecnologías en salud para su atención y/o las complicaciones inherentes a la misma en el ámbito ambulatorio y hospitalario.
6. Atención integral del gran quemado. Incluye las intervenciones de cirugía plástica reconstructiva o funcional para el tratamiento de las secuelas, la internación, fisioterapia y terapia física.
7. Pacientes infectados por VIH/SIDA.
8. Pacientes con cáncer.

²⁵ Norma que reproduce el contenido del artículo 45 del Acuerdo 029 de 2011.

9. Reemplazos articulares.
10. Internación en Unidad de Cuidados Intensivos.
11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas.
12. Manejo del trauma mayor.” (Subrayas de la Sala).

Pues bien, como se aprecia a partir del recuento normativo realizado, puede la Sala concluir que, actualmente, el cáncer y algunos de los procedimientos que se requieren para su tratamiento, están catalogados como enfermedades o servicios de alto costo. Significa lo anterior que, aquellos pacientes que sean diagnosticados con dicha enfermedad pueden estar exentos del pago de cuotas para los tratamientos o servicios referidos en las normas transcritas.

En este punto también concluye la Sala que, así como ocurre con los pagos moderadores, las cuotas de recuperación en ningún caso pueden convertirse en barreras de acceso a los servicios de salud, de manera que si por su cobro se afectan derechos como el mínimo vital, la vida digna o la salud, entonces deberán inaplicarse las normas que las dispongan.

Bajo este orden de ideas, no debe perderse de vista que la principal orientación de la atención en materia de salud es que todos los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder efectivamente a ella. En ese sentido, si bien es cierto existe la exigencia reglamentaria de exigir pagos moderadores y cuotas de recuperación, también lo es que ella misma contempla la exoneración de tal deber al afectado en determinados eventos, como ocurre para el caso de las enfermedades catastróficas o de alto costo.

3.4. Caso concreto

El señor Manuel Eduardo Celeita Forero solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, que considera vulnerados por la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Salud y el Instituto Nacional de Cancerología, porque le exigen el pago del “5%” del costo de los procedimientos ordenados para el tratamiento del *“tumor maligno del cerebro”* que padece y ello ocurre sin que se tenga en cuenta su condición económica y que se trata de una enfermedad catastrófica.

3.4.1. Sobre la condición de *“participante vinculado”* del tutelante

Previo examen del reproche del tutelante según el cual las autoridades demandadas le están cobrando un porcentaje del costo de su tratamiento sin consideración a su situación económica y a la naturaleza de su enfermedad, la Sala estima necesario ocuparse de otro asunto, relacionado directamente con los eventos expuestos por el tutelante y la Secretaría Distrital de Salud en sus escritos.

Con la solicitud de amparo el señor Celeita Forero indica que está afiliado al sistema de salud bajo el régimen subsidiado. Sin embargo, el Distrito afirmó que una vez consultó sus bases de datos, determinó que el tutelante está ubicado en el nivel 2 del Sisben con una calificación de 54,04 puntos, pero que actualmente está “*retirado*” de la Entidad Promotora de Salud, situación que lo clasifica como “*participante vinculado*”.

Ahora bien, aunque el tutelante afirmó que se le está cobrando el 5% de los costos de procedimientos, servicios y medicinas que le han prescrito para el tratamiento de su enfermedad y pidió expresamente que se le eximiera de realizar pagos moderadores; lo cierto es que el Distrito refirió que el pago a cargo del actor es del 10%, pues por ser “*participante vinculado*” identificado en el nivel 2 del Siben, debe asumir las **cuotas de recuperación** en los términos del numeral 2º del artículo 18º del Decreto 2357 de 1995, referenciado en el acápite 3.3. de la parte considerativa de esta providencia²⁶.

A partir de la situación descrita, de la documentación obrante en el expediente y del contenido del acápite 3.2. Sobre los “*participantes vinculados*”, la Sala puede concluir lo siguiente:

²⁶ “ARTICULO 18. CUOTAS DE RECUPERACIÓN. Son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en los siguientes casos:

1. Para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación.

2. La población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el nivel 1 del SISBEN o incluidas en los listados censales pagarán 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 y en el nivel dos del SISBEN pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

3. Para la población identificada en el nivel 3 de SISBEN 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.

4. Para la personas afiliadas al régimen subsidiado y que reciban atenciones por servicios no incluidas en el POS-S, pagarán de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del presente artículo.

5. La población con capacidad de pago pagará tarifa plena.

El máximo valor autorizado para las cuotas de recuperación se fijará de conformidad con las tarifas SOAT vigentes.” (Negrillas de la Sala).

1.- El señor Manuel Eduardo Celeita Forero estuvo adscrito al sistema de salud bajo el régimen contributivo en calidad de cotizante, con fecha de afiliación del 31 de diciembre de 2008 a la E.P.S. Cruz Blanca S.A. y actualmente está “desafiliado”, sin que se conozca la fecha de tal evento, como se establece a partir del resultado de consulta sobre información de afiliados en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social (fl. 14) y el Comprobador de Derechos de la Secretaría Distrital de Salud (fl. 13).

2.- Según la base de datos del Comprobador de Derechos de la Secretaría Distrital de Salud, al señor Manuel Eduardo Celeita Forero se le realizó el 25 de abril de 2010 la encuesta para el registro del Sisben. Resultado de tal metodología el tutelante obtuvo 54,04 puntos que lo ubicaron en nivel 2. Como se indica en el reporte actual que trajo la Secretaría Distrital con la contestación, el puntaje y nivel aún es “valido” (fls. 13 y 37).

3.- El tutelante estuvo inscrito al régimen contributivo y a pesar de que a partir del 25 de abril de 2010 fue calificado en nivel 2 del Siben, no se encuentra afiliado a alguna Entidad Promotora de Salud del régimen subsidiado, situación que ha determinado que el Distrito lo clasifique como “participante vinculado”.

4.- La situación actual de vinculación con el sistema de salud del tutelante hace evidente la omisión de la Secretaría Distrital de Salud en dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, en los términos que se analizó en el acápite 3.2. de esta providencia, pues no ha estudiado la situación particular de la “persona no afiliada” a fin de establecer si debe ser afiliada al régimen contributivo o al subsidiado.

Se reitera, la norma indica que se debe seguir el siguiente procedimiento, el cual para el caso del señor Manuel Eduardo Celeita Forero no ha cumplido, “32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan

derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud.”

5.- Así, aunque han transcurrido casi 5 años desde que se realizó la calificación del tutelante en el nivel 2 del Sisben, la Secretaría Distrital de Salud no demostró que hubiese emprendido las medidas necesarias para garantizarle la afiliación al régimen subsidiado, de manera que es posible concluir que no se siguió el proceso de los 8 días previsto en la ley mencionada.

6.- Como se indicó en el acápite 3.2. de esta sentencia y lo ha referido la Corte Constitucional “...con la introducción de la Ley 1438 de 2011 no sólo desapareció la figura de los “eternos vinculados” a la red de servicios de las entidades territoriales, sino que además se les encargó a estas últimas el deber de garantizar a la población de escasos recursos no asegurada, un verdadero acceso al régimen subsidiado, precisamente, mediante el artículo 32 [de la Ley en mención] plantea un proceso ágil y eficiente de cara a los principios fundacionales del sistema de Seguridad Social”.

7.- Deviene de lo dicho que entendido que la protección actual del derecho fundamental a la salud no solo implica el acceso a los servicios de salud en condiciones óptimas de oportunidad, eficiencia y calidad, sino además a ser afiliado a alguno de los regímenes del sistema de seguridad social de salud, la Sala estima que existe una clara vulneración de dicho derecho del accionante pues, sin fundamento, la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Salud le ha negado el derecho a estar afiliado a alguno de los regímenes, para su caso, al subsidiado.

Consecuencia de la anterior declaratoria, este juez constitucional ordenará a la Secretaría Distrital de Salud que disponga todos los trámites administrativos necesarios para que, de manera inmediata, realice la afiliación al régimen subsidiado del tutelante. Desde luego, también se ordenará que para el cumplimiento de esta orden la Secretaría brinde el acompañamiento que el tutelante requiera para escoger y afiliarse la E.P.S.S. de su preferencia.

3.4.2. Sobre la exoneración de pagos al tutelante por padecer una enfermedad catastrófica o de alto costo

De entrada advierte la Sala el caso referido se enmarca dentro de los postulados expuestos en el 3.3. de esta providencia, según los cuales el interesado está exento de realizar pagos moderadores y cuotas de recuperación cuando no cuenta con los recursos para ello, o en los eventos en que los servicios de salud estén exentos de pago por sus condiciones, como sucede para el caso, por tratarse de una enfermedades catastróficas o de alto costo.

Frente al primero de los eventos, esto es, que el tutelante no cuenta con los recursos para pagar los porcentajes que le son cobrados, la Sala encuentra que si bien recibe atención por el Instituto Nacional de Cancerología, lo cierto es que su situación económica puede ser catalogada como precaria y en esa medida no cuenta con los recursos necesarios para cubrir el porcentaje que le corresponde legalmente, pues en términos de la Secretaría de Salud Distrital, figura como *“participante vinculado”* identificado en el nivel 2 del Sisben.

Sobre el monto de los costos que le correspondería asumir, encuentra la Sala que, a la fecha y para solo mencionar el valor de las medicinas *“no P.O.S.”* que le fueron prescritas por el médico tratante para ser tomadas diariamente de manera concomitante con la radioterapia que le deben realizar y cuya entrega se dispuso como medida cautelar dentro de este proceso, son de VEINTIÚN MILLONES CIENTO SESENTA Y UN MIL TRECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (21'161.347)²⁷.

Frente a la periodicidad en la atención de su médico tratante se verifica a partir del extracto de la historia clínica aportada que nada más en el mes de diciembre el señor Celeita Forero para el tratamiento de su enfermedad tuvo citas médicas los días 4, 10 y 19 de diciembre de 2014.

En lo que a las condiciones de su enfermedad se refiere, la Sala encuentra en las ordenes de servicios y en la historia clínica, que la patología descrita es la siguiente: *“tumor maligno del cerebro, excepto lóbulos y ventrículos”* (fls. 11, 16 y otros). Como justificación médica a la solicitud de medicamentos no P.O.S., el

²⁷ *“Estado de cuenta paciente No. 1996320”* documento aportado por la Secretaría demandada y visible a folio 72 del expediente.

médico tratante del tutelante respondió “sí” a la pregunta “¿*existe riesgo de aumento en la morbilidad si no se suministra [el medicamento prescrito]*?” (fls. 11 y 12). Y que como datos de las órdenes médicas se responde “sí” a la pregunta “¿*servicio asociado con patología cancerosa?*” (fls. 16, 17 y 18).

Pues bien, el material probatorio permite a la Sala concluir que, de un lado, las condiciones económicas del tutelante son precarias pues la calificación del Sisben da cuenta de los escasos recursos para costear su tratamiento; y del otro, que padece cáncer, esto es, una enfermedad catalogada como catastrófica y los procedimientos prescritos para su manejo clínico la hacen una patología cuyo tratamiento es de alto costo.

Entonces, definida la situación descrita en el párrafo anterior, la Sala debe precisar que más allá de determinar si el actor debe asumir costos de pagos moderadores o cuotas de recuperación en virtud a la naturaleza de afiliación al sistema de seguridad social en salud o a la de los procedimientos prescritos por su médico tratante, lo cierto es que ninguno de dichos factores puede ser visto como una barrera que le impida acceder a los servicios en salud, pues basta con verificar que padece una enfermedad catastrófica de alto costo, como en efecto ya lo hizo este Juez Constitucional.

Descrita la condición del tutelante, la Sala verifica que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, por ende, de conformidad con la ley y la jurisprudencia, es responsabilidad de las entidades encargadas, en este caso de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Salud velar porque se garantice su ejercicio pleno del derecho a la salud.

Así, como la continuidad en la prestación del servicio de salud, correspondiente para el tratamiento del tumor cerebral que le ha sido diagnosticado al tutelante, se está viendo afectado por la especial situación económica del accionante y por la condición de enfermedad de alto costo que padece, es que la Sala concluye que en observancia al criterio jurisprudencial referenciado antes, debe inaplicarse la reglamentación y eximirse al actor del pago de cualquier suma de dinero que obstaculice su acceso efectivo a la prestación de los servicios de salud requerido.

En consecuencia, se ordenará a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que de manera inmediata, preste los servicios de salud que requiere el señor Manuel

Eduardo Celeita Forero para enfrentar la enfermedad catastrófica que padece, a través de la institución prestadora de servicios de salud que corresponda, sin que le sean exigidos pagos de ninguna naturaleza por la atención médica que le sea brindada como parte del tratamiento para el *“tumor maligno del cerebro”* que padece.

Por último, la Sala estima conveniente que la presente decisión le sea comunicada íntegramente al Instituto Nacional de Cancerología en la medida en que es la autoridad encargada de *“recoger y trasladar”* al Distrito las cuotas que recibe de parte de los usuarios a quienes atiende, en este caso, del señor Manuel Eduardo Celeita Forero.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Manuel Eduardo Celeita Forero.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que en el término no mayor a 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, disponga todos los trámites administrativos necesarios para afiliar al régimen subsidiado al tutelante.

Para el cumplimiento de la anterior orden la Secretaría de Salud del Distrito deberá brindar, en el mismo término antes dispuesto, el acompañamiento que el tutelante requiera para escoger y afiliarse la E.P.S.S. de su preferencia.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que una vez realice el correspondiente proceso de afiliación del tutelante, garantice que en adelante se abstendrá de realizar cobros por concepto de pagos moderadores o cuotas de recuperación por la prestación de los servicios en salud que tengan que brindarle para el tratamiento integral de la enfermedad de alto costo denominada *“tumor maligno del cerebro, excepto lóbulos y ventrículos”*.

CUARTO: COMUNICAR al Instituto Nacional de Cancerología el contenido en el numeral tercero de esta decisión para que esté al tanto de la decisión dispuesta en cuanto a que la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá no debe realizar cobros de ningún tipo al señor Manuel Eduardo Celeita Forero para el tratamiento integral de la enfermedad de alto costo denominada *“tumor maligno del cerebro, excepto lóbulos y ventrículos”*. Al efecto, **ENVIAR** copia íntegra de la presente sentencia.

QUINTO: Si el fallo no fuese impugnado, **ENVIAR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria de esta providencia, en virtud de lo consignado en el inciso 2º del artículo 31 del Decreto Ley 2591 de 1991.

SEXTO: NOTIFICAR a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha 29 de Enero de 2015

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

ALBERTO YEPES BARREIRO