

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: *LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ*

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04413-00

Tutelante: **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO**

Tutelado: E.P.S. - Salud Total S.A.

Acción de Tutela - Fallo de primera instancia

Procede la Sala a resolver la tutela promovida por la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO** contra la E.P.S. - Salud Total S.A., de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO** presentó acción de tutela¹ contra la E.P.S. - Salud Total S.A., con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la vida digna, a la igualdad y a la “*protección a las personas que padecen enfermedad catastrófica*”.

Consideró que tales derechos han sido vulnerados por la referida E.P.S, por cuanto se ha negado a realizar el desembolso de las incapacidades derivadas del “*adenocarcinoma gástrico*” que padece, aduciendo que se encuentra en mora de pagar una multa impuesta por faltar a una cita odontológica.

En consecuencia, solicitó que se le ordene a la entidad tutelada: i) el pago de las incapacidades adeudadas hasta la fecha y las futuras, ii) que no vuelva a reincidir de nuevo en esta conducta iii) la garantía del tratamiento integral de la enfermedad catastrófica que padece y iii) que se abstenga de cobrarle cualquier clase de copagos.

2. Hechos

La accionante se refiere a los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

¹ El 16 de diciembre de 2014 (fls. 1- 50).

La señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO** es madre cabeza de familia, tiene dos hijos menores de edad, reside en un barrio de estrato dos y no cuenta con un trabajo fijo, por lo que cotiza como independiente a la E.P.S. - Salud Total S.A., desde hace 8 años.

El 23 de julio de 2014, la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José, le diagnosticó un “*adenocarcinoma gástrico*” (cáncer gástrico), por lo que ha estado sometida al plan de manejo establecido por el gastroenterólogo y oncólogo tratantes.

El 3 de septiembre de 2014, se le practicó un procedimiento denominado “*gastrectomía por laparoscopia en tumor maligno en la curva menor del estómago*”. Ese mismo día, radicó en la entidad tutelada una solicitud de pago de las incapacidades² derivadas de su estado de salud.

La petición fue negada con el argumento de que no asistió a una cita odontológica el día 8 de marzo de 2014, motivo por el cual se encuentra en deuda con la entidad y no se le puede hacer el pago de las incapacidades reclamadas.

Desde el 1º de octubre de 2014, por concepto del gastroenterólogo y oncólogo tratantes se le practica un nuevo procedimiento denominado “*poliquimioterapia de alto riesgo*”, debido a que la “*gastrectomía por laparoscopia en tumor maligno en la curva menor del estómago*” no resecó el mencionado tumor.

Indicó que no tiene los recursos necesarios para cubrir gastos de transporte y poder asistir a los controles médicos, para adquirir un complemento vitamínico que requiere y para el sustento de sus hijos.

3. Fundamentos jurídicos de la tutela

La tutelante manifestó que se le están vulnerando sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la vida, a la igualdad, a la “*protección de las personas que padecen una enfermedad catastrófica*” y a la “*prestación del servicio de manera integral*”.

Sustentó sus pretensiones en la sentencia de tutela T-760 de 2008, en la que se señaló que, de acuerdo a la jurisprudencia

² Se aclara que aunque la tutelante no especificó cuáles son las incapacidades que reclama, ni la fecha de las mismas, anexó a la tutela las siguientes incapacidades No. 43858 del 25 de septiembre de 2014, la 126070 del 28 de octubre de 2014 y la 126051 del 1º de octubre de 2014.

constitucional, en los casos de aportes extemporáneos de cuotas de afiliación, opera la figura del allanamiento a la mora cuando las entidades promotoras de salud los reciben y no los rechazan. Por lo que, al aceptarlos, deberán cumplir con sus obligaciones, entre las que se encuentra el reconocimiento y pago de las incapacidades a sus usuarios.

4. Pretensiones

La tutelante solicitó se declare que la E.P.S. - Salud Total S.A vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la vida digna, a la igualdad y a la “*protección a las personas que padecen enfermedad catastrófica*”, y en tal sentido que se le ordene: i) que pague las incapacidades adeudadas hasta la fecha y las futuras, ii) que no reincida en esta conducta iii) que garantice el tratamiento integral de la enfermedad catastrófica que padece y iii) que se abstenga de cobrarle cualquier clase de copagos.

5. Trámite de la tutela

En providencia del 18 de diciembre de 2014, se admitió la tutela y se dispuso notificar esta decisión al Representante Legal de la E.P.S. - Salud Total S.A., para que diera contestación al amparo y allegará todos los documentos necesarios que pretendiera hacer valer como pruebas³.

Además, como medida cautelar, se ordenó al Representante Legal de la entidad tutelada que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del auto admisorio, si aún no lo hubiere hecho, pagara a la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO** todas las incapacidades causadas desde el 3 de septiembre de 2014 hasta la fecha, y que rindiera informe del cumplimiento de la orden impartida.

6. Contestación de la tutela

La entidad tutelada solicitó que el presente amparo se “*deniegue por improcedente*”, pues consideró que no vulneró ningún derecho fundamental a la tutelante y que las incapacidades que ella reclama constituyen una discusión de carácter económico que se, enmarca dentro de los denominados derechos de segunda generación, los cuales no pueden ser objeto de estudio a través de esta acción constitucional, sino por medio del respectivo trámite procesal ante la jurisdicción ordinaria.

Indicó que negó el pago de las incapacidades demandadas debido a

³ Folios 53 - 55.

que la accionante incumplió reiteradamente con el pago oportuno de sus aportes a la salud.

Precisó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, la tutelante, por ser una persona que cotiza como independiente, debió efectuar en forma oportuna el pago de sus aportes a la seguridad social, por lo menos durante los cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho; pero no lo hizo.

Indicó que una vez consultada la base de datos de la entidad, se encontró que la accionante tiene registradas las siguientes incapacidades laborales liquidadas en cero:

Autorización	Fecha inicial	Fecha Final	Días de incapacidad
P5363080	07/23/2014	08/05/2014	14
P5435091	09/03/2014	09/22/2014	20
P5443636	09/23/2014	10/01/2014	9
P5479971	10/02/2014	10/30/2014	29
P5532813	10/31/2014	11/29/2014	30

Que no generaron reconocimiento económico al tenerse en cuenta que de los últimos 6 pagos, 4 deben ser oportunos y que uno de estos se efectuó fuera de la fecha establecida en el Decreto 1670 de 2007, pues de acuerdo con su número de identidad le corresponde realizar el aporte el 3er día hábil de cada mes, como se muestra en la siguiente tabla:

Periodo	Planilla	Fecha de pago	Fecha límite	Oportunidad
2014-07	8434095408	07/10/2014	07/03/2014	NO
2014-08	8434383935	07/31/2014	08/05/2014	SI
2014-09	8435021647	08/15/2014	09/03/2014	SI
2014-10	8435777097	09/09/2014	10/03/2014	SI

Finalmente, solicitó se vincule como litisconsorte necesario al Ministerio de la Protección Social y al Fosyga, para que le reembolsen los gastos en que tenga que incurrir, en el evento en que se le ordene en el fallo definitivo el pago de las incapacidades reclamadas por la tutelante.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala precisa que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1382 de 2000, el caso objeto de estudio corresponde por competencia funcional y territorial, en primera instancia, a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá y en segunda instancia, al

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero que por motivos del paro judicial y por tratarse de derechos fundamentales a la salud y a la vida de una persona que padece una enfermedad catastrófica.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a la Sala atender el siguiente interrogante:

¿La E.P.S. Salud Total – S.A. desconoció los derechos fundamentales de la tutelante, al negarle el pago de sus incapacidades por no haber efectuado de manera oportuna el pago de sus aportes a la seguridad social o por no asistir a las citas odontológicas programadas con anterioridad?

Para resolver el anterior cuestionamiento, y teniendo en cuenta que el asunto a tratar ha sido ampliamente reiterado por la jurisprudencia constitucional, la Sala considera necesario desarrollar los siguientes aspectos: (i) La acción de tutela, (ii) procedibilidad excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales, (iii) requisitos para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas generales de trabajadores independientes, (iv) el allanamiento a la mora aplicada al reconocimiento y pago de incapacidades generales a favor de trabajadores independientes, (v) las enfermedades catastróficas o de alto costo como excepción al sistema de pagos moderadores y de cuotas de recuperación y vi) análisis del caso concreto.

2.1. La acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra que la acción de tutela es un instrumento jurídico en virtud del cual a través de un procedimiento preferente y sumario, toda persona puede acudir ante cualquier juez y solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando éstos resulten lesionados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de un particular en los casos determinados en la ley.

El titular de la acción de tutela es toda persona que esté siendo afectada en sus derechos fundamentales, siempre y cuando no tenga otro mecanismo de protección o que teniéndolo lo ejerza de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Por esta razón, en cada caso particular el juez debe hacer un análisis ponderado y razonable en cuanto a la validez y efectividad del instrumento alternativo de defensa.

2.2. Procedibilidad excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales

La Corte Constitucional, mediante sentencia T-643 de 2014, reiteró que la acción de tutela, de manera excepcional, resulta procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas que han sido negadas por parte de las entidades promotoras de salud a sus usuarios, cuando por diferentes circunstancias se les vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna. Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia de este Alto Tribunal:

“[E]l reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas⁴, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta⁵, además de garantizársele su derecho al mínimo vital⁶, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral.⁷

Es por ello que, con el reconocimiento de éste tipo de prestaciones se pretende garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales.⁸

*Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que **los derechos fundamentales se encuentran afectados por el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo***

⁴ Ver sentencia T-311 de 1996, tesis que ha sido reiterada en sentencias T-201 de 2005 y T-789 de 2005 entre otras.

⁵ Ver sentencia T-789 de 2005.

⁶ En sentencia T-818 de 2000 se indicó que el concepto de **mínimo vital** no se circunscribe a una subsistencia biológica sino que el mismo “*debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.*”

⁷ Sentencia T-789 de 2005.

⁸ Artículo 93 de la Constitución Política colombiana y artículo 4 del decreto 2591 de 1991. Este último establece “Interpretación de los derechos tutelados. Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. De la misma manera sobresalen la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9 de la Ley 74 de 1968, la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Ley 319 de 1996, artículo 9; la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven y, finalmente, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o Ley 51 de 1981, artículo 11.

judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos.⁹ *(Negrilla y subrayado fuera del texto)*

Tal situación es palmaria cuando el paciente es una persona que funge como cabeza de familia, de ella dependen sus menores hijos y ella misma, y, además padece de una enfermedad catastrófica como resulta ser, entre otras, el cáncer.

2.3. Requisitos para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas generales de trabajadores independientes

La Corte Constitucional, mediante sentencia T-643 de 2014, reiteró que los requisitos para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas generales se encuentran consignados en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, en el cual se estableció que los trabajadores independientes tienen derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general, siempre y cuando, al momento de la solicitud y durante la incapacidad, cumplan con las siguientes reglas¹⁰:

1. *“(...) De acuerdo con el numeral 1° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, **el trabajador independiente debía haber cancelado durante el año anterior a la solicitud, de forma completa sus aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.** Por otra parte, el artículo 9° del Decreto 783 de 2000, que a su vez derogó el numeral 1 del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, dispone que “[p]ara acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, **los trabajadores (...) independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa**”.* *(Subrayado y negrilla fuera del texto)*
2. *La segunda regla obedece **al pago oportuno de los aportes antes de la solicitud de la licencia y durante el periodo de incapacidad.** Así, en el numeral 1° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, se establece que los aportes (...) **deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.*** *(Subrayado y negrilla fuera del texto)*

⁹ Sentencia T-334 de 2009. Ver en el mismo sentido Sentencias T-416 de 2009 y T-797 de 2010.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-643 del 4 de septiembre de 2014, Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

3. La tercera regla, al igual que la segunda parte de la anterior, se encuentra consignada en el numeral 2° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, de acuerdo con el **cual el trabajador independiente no debe tener ninguna deuda con (...) las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades**, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.
4. De acuerdo con el numeral 3° del artículo 21, **haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.** (Subrayado y negrilla fuera del texto)
5. Finalmente, como quinto requisito, el Decreto 1804 de 1999 establece el haber cumplido (...) con las reglas sobre **períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho.** (Subrayado y negrilla fuera del texto)

2.4. El allanamiento a la mora aplicado al reconocimiento y pago de incapacidades generales a favor de trabajadores independientes

La Corte Constitucional reiteró en la sentencia T-643 de 2014 que el concepto del allanamiento a la mora, aplicada a los contratos de seguridad social en salud, fue desarrollado en la Sentencia T-059 de 1997, a la luz de los principios de continuidad en la prestación de los servicios de salud¹¹ y buena fe, bajo la óptica del “*principio de la excepción del contrato no cumplido*”, por el carácter sinalagmático de la relación jurídica.

En este sentido, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza a la entidad prestadora del servicio de salud a aplicar la mencionada excepción, desde el momento en que no está obligada por reglamento a satisfacer la prestación debida. A no ser que el usuario estuviera cobijado por la buena fe y que la E.P.S se hubiera allanado a la mora mediante el recibo de la suma debida¹².

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha extendido la figura del allanamiento a la mora a los casos de trabajadores independientes, entendiendo que “*si la E.P.S. no actuó de forma clara a través de las acciones que tiene a su disponibilidad en el ordenamiento jurídico, con el fin de requerir el pago oportuno de los aportes, o no rechazó los pagos realizados*

¹¹Ver Sentencia T-458 de 1999.

¹² Sentencia T- 643 de 2014.

por el cotizante fuera del término, no puede oponerse al pago de una incapacidad médica general, al momento en que el trabajador presenta la solicitud”¹³.

2.5. Las enfermedades catastróficas o de alto costo como excepción al sistema de pagos moderadores¹⁴.

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece¹⁵:

“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 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.

¹³ Ver Sentencias T-1059 de 2004, T-530 de 2008, T-956 de 2008, T-334 de 2009, T-797 de 2010 y T-984 de 2012.

¹⁴ Acápite desarrollado en la sentencia de tutela No. 11001-03-15-000-2014-04332-00, del 5 de febrero de 2014, Magistrada Ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁵ 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.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en desarrollo de tal norma, expidió el Acuerdo 260 de 2004¹⁶ en donde se establecieron: i) las clases de pagos moderadores (cuota moderadora y copago)¹⁷; 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...”¹⁸.

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 jurisprudencialmente¹⁹ 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 moderadores. El primero de ellos está relacionado directamente con las condiciones económicas del paciente y de su familia²⁰, y el

¹⁶ “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

¹⁷ **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”.*

¹⁸ Artículo 4º del Acuerdo 260 de 2004.

¹⁹ Sentencia T-725 de 2010.

²⁰ Resta indicar que, en sentencias 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 señaló 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,

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”²¹.

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

“Artículo 7°. 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

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”.

²¹ Sentencias T-330 de 2006, T-563 de 2010, T-725 de 2010 y T-815 de 2012.

pagos, “...independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado...”²².

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...”²³.

La primera razón que justifica tal afirmación de parte de la Corporación Constitucional es la reglamentación que hace referencia a algunas de las enfermedades que pueden considerarse catastróficas o de alto costo no puede entenderse 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 Salud²⁴.

La segunda, es que aunque actualmente le compete al Ministerio de Salud y Protección Social²⁵ la actualización de tal reglamentación, lo cierto es que históricamente han sido varias las entidades²⁶ 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 2009²⁷, proferida por el Ministerio y que es la más reciente de las reglamentaciones proferida por esa autoridad y que se refiere en general²⁸ al asunto que ahora interesa a la Sala, se consideran enfermedades de alto costo las siguientes:

²² Sentencia T-611-14.

²³ Sentencia T-894-13.

²⁴ 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.

²⁵ Según el Decreto 2562 de 2012, en cabeza de la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud.

²⁶ En un principio, la competencia para definir las enfermedades ruinosas o de alto costo le fue otorgada al Consejo Nacional de Seguridad Social –CNSSS–, luego a la Comisión de Regulación en Salud –CRES– y por último, la competencia fue trasladada

²⁷ “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.

²⁸ 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.

“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 subsidiado²⁹, presenta un listado taxativo referente a los procedimientos considerados de alto costo. El artículo 126³⁰ 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 (...).*

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

²⁹ 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)”

³⁰ Norma que reproduce el contenido del artículo 45 del Acuerdo 029 de 2011.

enfermedad pueden estar exentos del pago de cuotas para los tratamientos o servicios referidos en las normas transcritas.

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.

2.6 El asunto en concreto

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la tutelante interpuso el presente amparo con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la vida digna, a la igualdad y a la *“protección de las personas que padecen una enfermedad catastrófica”*, presuntamente vulnerados por la entidad tutelada, al negarle el pago de las incapacidades derivadas de la enfermedad catastrófica que padece, por no haber asistido a una cita odontológica.

La entidad tutelada indicó que la presente acción de tutela no es procedente por existir otras vías de defensa judicial, y que la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de sus incapacidades, lo cual no se ha hecho efectivo, por cuanto registra pagos inoportunos *“dentro de los cuatro (4) meses de los últimos seis meses anteriores de la fecha en que se causó el derecho”*, lo que constituye una controversia de carácter económico que debe tramitarse ante la jurisdicción ordinaria y no a través de la acción de tutela.

La Sala precisa, en primer lugar, que la presente acción de tutela resulta procedente para reclamar el pago de las incapacidades médicas negadas por parte de la E.P.S. – Salud Total S.A a la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO**, pues a pesar de que por la naturaleza del asunto existen otros medios de defensa judicial, debido a la grave enfermedad que padece la accionante³¹, al ser madre cabeza de familia de dos menores de edad, no tener un trabajo estable³², vivir en estrato dos con calificación del sisben 33.54³³, se hace imprescindible la intervención del juez constitucional, para evitar un perjuicio irremediable a una persona que es sujeto de especial protección Constitucional.

³¹ Historia clínica visible a folios 6 – 47.

³² Certificación expedida por Contador Público Titulado en la que se da cuenta de un ingreso mensual de un (1) salario mínimo mensual vigente visto a folio 47.

³³ Pantallazo tomado de la página www.saludcapital.gov.co/comprobador_de_derechos/resultados.aspx de visible a folio 5.

En segundo lugar, se precisa que, aunque en la contestación de tutela la E.P.S. – Salud Total S.A. no manifestó nada respecto del no pago de las incapacidades reclamadas por inasistencia de la accionante a una cita odontológica que tenía programada, de los documentos obrantes en el expediente, se encontró que en la actuación administrativa³⁴ adelantada previamente, sí se utilizó este argumento por parte de la entidad tutelada para manifestarle a la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO** que por el hecho del incumplimiento injustificado a una cita programada, se encontraba en deuda con la entidad por no haber pagado el valor correspondiente a la inasistencia, y que por tal razón, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 para el reconocimiento y pago de lo que reclamaba y continúa reclamando.

En tercer lugar, se precisa que la entidad tutelada refirió que la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO** tiene registradas cinco (5) incapacidades laborales liquidadas en cero, que no generaron reconocimiento económico, al tenerse en cuenta que la usuaria no registró pagos oportunos dentro de los cuatro (4) meses de los últimos seis meses anteriores de la fecha en que se causó el derecho.

Verificado, en la contestación de la tutela³⁵ se encontró que la accionante sólo registró un pago inoportuno, pues se realizó fuera de la fecha establecida³⁶, y ni éste ni los posteriores fueron rechazados por la referida E.P.S.³⁷, por lo que, de acuerdo a lo establecido en la jurisprudencia constitucional³⁸, se configuró la figura del allanamiento a la mora por parte de la entidad tutelada, razón por la que no podía oponerse al reconocimiento económico de las incapacidades médicas solicitadas por la accionante.

Ahora bien, la Sala determinó que las actuaciones realizadas por la E.P.S. – Salud Total S.A., al negar el pago de las incapacidades a las cuales tiene derecho la accionante, aduciendo que la solicitante tiene una deuda con la entidad debido a que no pagó la multa por su inasistencia de una cita odontológica programada y –en argumento expuesto ahora al contestar la tutela- supuestamente registrar pagos inoportunos, habiéndose allanado a la mora, vulneran los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna de la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO**, sujeto de especial protección, pues al no realizarle el reconocimiento económico de lo que reclama, se le está privando de derecho a percibir un ingreso

³⁴ Visto a folio 7.

³⁵ Visto a folio 69.

³⁶ El pago se realizó el 10 de julio de 2014 y la fecha límite de pago era el 3 de julio de 2014 (fl. 69).

³⁷ Los de agosto, septiembre y octubre se realizaron en oportunidad (fl. 69).

³⁸ Sentencia T – 643 de 2014.

económico durante el periodo de convalecencia, con el cual pueda satisfacer sus propias necesidades básicas y las de sus hijos menores de edad económicamente dependientes de ella, sin tener siquiera consideración con el hecho de que está siendo aquejada por una enfermedad catastrófica.

La Sala precisa, en lo que respecta a quién tiene la obligación legal de pagar las incapacidades laborales, con fundamento en lo establecido en la sentencia T- 786 de 2010, de conformidad con lo señalado por los Decretos 1804 de 1999 y 783 de 2000, que la misma corresponde a las entidades prestadoras de salud, por lo que éstas no pueden solicitar ningún tipo de compensación o reembolso de parte del Fondo de Solidaridad y Garantía y, por ende, no existe razón jurídica para vincular al Ministerio de la Protección Social y al Fosyga al no tener éstos interés en las resultas del proceso.

Adicionalmente, la accionante solicita que se le ordene a la entidad tutelada que garantice el tratamiento integral de la enfermedad catastrófica que padece. Pretensión frente a la cual, la Sala indica, de conformidad con las pruebas allegadas en el escrito de tutela y en la contestación, no se evidencia que se estuviera privando a la paciente de acceder a la prestación de los servicios integrales para el tratamiento de su patología, pues en la historia clínica obrante a folios 24 – 49, se observó que la accionante ha sido atendida por sus médicos tratantes los cuales le han formulado los medicamentos, los exámenes requeridos hasta el momento y prescrito las incapacidades médicas reclamadas.

No obstante, con el fin de garantizar la protección constitucional de los derechos fundamentales enunciados, se ordena a la entidad tutelada, que continúe prestando el tratamiento integral de la enfermedad catastrófica que padece la accionante, durante el tiempo que sea necesario.

La Sala precisa con fundamento en el estudio normativo realizado en el acápite 2.5 y con la reciente jurisprudencia constitucional³⁹, que las personas que padecen una enfermedad catastrófica o de alto costo, se encuentran excluidas de cobros de copagos por parte de las entidades promotoras de salud, y al haberse acreditado que la tutelante sufre este tipo de patología, y que se encuentra en imposibilidad de sufragar esos gastos, se ordenará a la entidad tutelada abstenerse de realizarle este tipo de cobros.

Finalmente, advierte la Sala que a pesar de que por auto del 18 de diciembre de 2014 se ordenó al representante legal de Salud Total

³⁹ Sentencias T-330 de 2006, T-563 de 2010, T-725 de 2010 y T-815 de 2012.

E.P.S., que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia pagará a la tutelante todas las incapacidades causadas desde el 3 de septiembre de 2014 hasta la fecha, y que rindiera informe sobre el particular, aquélla no lo hizo, desconociendo de manera flagrante que nuestro Estado de Derecho se funda en el respeto a las decisiones judiciales y que el mismo se desquicia con actitudes de rechazo a ellas, amén de la actitud de conciencia y conocimiento con el que se agrava la situación de quien acude al amparo de la tutela con la expectativa de que la misma puede restablecer rápidamente sus garantías y derechos. Por lo anterior, se ordenará compulsar copias de esta decisión a la Fiscalía General de la Nación para que investigue la posible comisión del delito de “*fraude a resolución judicial*”, o cualquier otro en que pudo haber incurrido el funcionario encargado en la referida EPS de darle cumplimiento oportuno a las decisiones judiciales o, en todo caso, el representante legal de dicha persona jurídica por parte del representante legal de la E.P.S. Salud Total, así como a la Superintendencia Nacional de Salud a fin de que determine si dentro de sus competencias hay lugar o no a investigar a dicha entidad y/o a su representante legal por la presunta negligencia en que incurrió al no efectuar el pago de las incapacidades laborales reconocidas a la accionante.

Por las razones expuestas anteriormente, se tutelarán los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la vida digna, de la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO**, se ordenará a la E.P.S. - Salud Total S.A. que le pague las incapacidades médicas adeudadas, que la exonere del pago de copagos, cuotas moderadores, cuota recuperatoria y mantenga el tratamiento médico integral para la patología que la aqueja.

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

FALLA

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna de la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la E.P.S. - Salud Total S.A., que en un término no mayor a las 24 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar las incapacidades médicas de la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO**.

TERCERO: ORDENAR a la E.P.S. - Salud Total S.A., continuar prestando el tratamiento integral de salud a la señora **DIANA**

CAROLINA BARRETO ALFONSO por la enfermedad catastrófica que padece.

CUARTO: ORDENAR a la E.P.S. - Salud Total S.A. abstenerse de cobrar copagos a la señora **DIANA CAROLINA BARRETO ALFONSO** debido a que padece una enfermedad catastrófica de alto costo.

QUINTO: COMPULSAR copias de esta decisión a la Fiscalía General de la Nación y a la Superintendencia Nacional de Salud, para los efectos anunciados en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Cópiese y notifíquese a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991, publíquese y cúmplase.

SÉPTIMO: Si el fallo no fuese impugnado, **envíese** 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.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Consejera de Estado