

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2021-00682-00

ACCIONANTE: SANDRA MILENA MARTINEZ RODRIGUEZ en representación de su hijo
MATEO ZULUAGA MARTINEZ

ACCIONADAS: E.P.S. FAMISANAR

VINCULADOS: INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSVELT

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los tres (03) días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por la señora **SANDRA MILENA MARTINEZ RODRIGUEZ**, en representación de su hijo **MATEO ZULUAGA MARTINEZ**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad personal, seguridad social y dignidad humana, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. FAMISANAR**.

RESEÑA FÁCTICA

Afirma la accionante que su hijo nació el 27 de septiembre de 2005 y tiene diagnóstico de *Parálisis Cerebral Espástica – Diplejía Espástica*, condición por la cual requiere un tratamiento integral de salud para dar continuidad a su calidad de vida.

Que mediante fallo de tutela del 9 de junio de 2008, se ordenó a la E.P.S. CRUZ BLANCA, donde se encontraba afiliado su hijo, el tratamiento integral de todos los procedimientos, exámenes, aparatos ortopédicos, citas y demás requeridos por éste.

Que como consecuencia de ello, el tratamiento integral, incluyendo la exoneración de los copagos, había sido prestado por el **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSVELT**, entidad especializada en patologías de parálisis cerebral y ortopedia infantil, a donde era remitido por parte de la E.P.S. CRUZ BLANCA, hasta que la misma entró en liquidación.

Que, a partir del 7 de octubre de 2019, y como consecuencia de la intervención forzosa realizada por la Superintendencia Nacional de Salud, la E.P.S. CRUZ BLANCA fue intervenida y liquidada, y todos sus afiliados fueron trasladados a otras E.P.S.

Que su hijo fue trasladado a la **E.P.S. FAMISANAR**, con fecha de activación de los servicios el 11 de febrero de 2020.

Que a pesar de los continuos y permanentes derechos de petición, y PQRS en la Superintendencia de Salud, la **E.P.S. FAMISANAR** ha sometido la atención en salud a nuevas aprobaciones, afectando las autorizaciones de citas médicas, exámenes, entrega de aparatos ortopédicos y demás que forman parte de su tratamiento integral.

Que su hijo no cuenta con otro mecanismo de acceso a la asistencia médica, y en Bogotá no existe otra IPS distinta al **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT** que pueda prestar adecuadamente la atención en salud para la clase de patología que padece.

Que el actuar tardío y negligente en la autorización de los servicios de tratamiento integral, incluida la exoneración de copagos, por parte de la **E.P.S. FAMISANAR**, y su negativa de remitir al **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT**, está afectando gravemente su calidad de vida.

Que mediante *Reporte De Análisis De Marcha* suscrito por el **INSITUTO DE ORTOPEDIA ROOSEVELT**, se dispuso una serie de recomendaciones terapéuticas de carácter urgente con las que se pretende retardar los cambios degenerativos en los miembros inferiores.

Que, a la fecha, la **E.P.S. FAMISANAR** no ha autorizado la consulta de *Ortopedia* para que el especialista genere las órdenes médicas para los procedimientos quirúrgicos necesarios.

Con fundamento en lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a la **E.P.S. FAMISANAR** (i) dispensar el tratamiento integral a **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ** en el **INSITUTO DE ORTOPEDIA ROOSEVELT**, frente a la programación de citas médicas con las especialidades necesarias que requiera, el suministro de aparatos ortopédicos, la autorización de exámenes y de intervenciones quirúrgicas, terapias y demás; y (ii) exonerarlo del pago de copagos.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT:

El vinculado allegó contestación el 24 de noviembre de 2021, en la que manifiesta que en su base de datos se registran 5 atenciones al paciente **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ**, por diferentes especialidades de Laboratorio de Marcha, Ortopedia y Traumatología – Medicina Física y Rehabilitación, entre otras.

Que la última atención data del 22 de octubre de 2021, por el servicio de Laboratorio de Marcha.

Que el Instituto cuenta con voluntad de servicio e interés para atender al paciente si así lo solicita y autoriza su familia y la entidad aseguradora.

Que conforme a la normatividad vigente, la E.P.S. es la que garantiza a sus afiliados el acceso a servicios, suministro de los procedimientos y medicamentos ordenados al paciente por sus médicos tratantes.

Con sustento en lo anterior, afirma que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante, por lo que solicita ser desvinculado de la presente acción.

E.P.S. FAMISANAR:

La accionada allegó contestación el 25 de noviembre de 2021, en la que manifiesta que de acuerdo con el diagnóstico del menor **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ** y los servicios que requiere, la IPS que puede brindar el tratamiento de rehabilitación es la **I.P.S. COLSUBSIDIO CLÍNICA INFANTIL**, toda vez que esta cuenta con la habilitación, infraestructura y la experiencia profesional para adelantar de forma idónea el tratamiento.

Que al usuario se le asignó cita de *Ortopedia Pediátrica* para el día 9 de noviembre de 2021 a las 7 a.m. con el Dr. Luis Charry, con el fin de determinar el tratamiento a seguir.

Que la solicitud de remitir al usuario al **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT**, no es viable ya que dicha IPS no hace parte del direccionamiento establecido por la **E.P.S. FAMISANAR**.

Que la red actual de prestadores adscritos a esa E.P.S. son Instituciones que se encuentran reglamentariamente habilitadas por el Ministerio de Salud y a su vez cuentan con los

profesionales idóneos altamente calificados, respaldados con la infraestructura necesaria para garantizar la atención del accionante.

Que la decisión de la E.P.S. se fundamenta en el principio de libertad contractual de la red de prestadores, máxime cuando en su red actual de prestadores adscritos se encuentran Instituciones habilitadas por el Ministerio de Salud y cuentan con el respaldo de personal altamente calificado e infraestructura necesaria para garantizar la atención del accionante.

Que la E.P.S. no ha negado ni dilatado los servicios médicos, pues siempre ha gestionado y autorizado de manera oportuna las órdenes emitidas al usuario para el tratamiento de su patología.

Que, por ello, no es viable la solicitud de tratamiento integral, ya que no hay prueba de que se haya vulnerado algún derecho fundamental, o que se pretenda negar deliberadamente el acceso a los servicios de salud en un futuro.

Que el accionante cuenta con un fallo de tutela proferido por el Juzgado Sesenta y Siete Penal Municipal el 09 de junio de 2008, en el que se otorgó el tratamiento integral.

Que el accionante no aplica para el beneficio de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, pues no se encuentra dentro de los supuestos previstos en la Circular 00016 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social, y la patología tampoco es de alto costo.

Conforme a lo anterior, solicita denegar la acción de tutela, por cuanto la conducta desplegada por **FAMISANAR E.P.S.** ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y la vida del usuario.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES:

La vinculada allegó contestación el 02 de diciembre de 2021, en la que indica que, conforme a la normatividad vigente, es función de la E.P.S., y no de la esa Administradora la prestación de los servicios de salud, por lo que la eventual vulneración de derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa entidad.

Que las E.P.S. tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla poniendo en riesgo su vida o su salud.

Por lo anterior solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa, y pide al Despacho que se abstenga de otorgar facultades de recobro a la EPS accionada frente a cualquier pretensión de reembolso, pues en virtud de las Resoluciones 205 y 206 de 2020, la ADRES ya transfirió a las EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL:

El vinculado allegó contestación el 02 de diciembre de 2021, en la que señala que no le consta lo afirmado en la acción de tutela, ya que no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos, ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud.

Que las accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio no tiene injerencia alguna.

Que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la tutela, en tanto no ha vulnerado ni amenazado derecho fundamental alguno.

Que las E.P.S. se encuentran obligadas a ofrecer a sus afiliados un número plural de prestadores con el fin de garantizar a sus afiliados la posibilidad de escoger, pero que la libertad de escogencia de IPS se circunscribe a las instituciones que ofrece la EPS con las cuales tiene contrato.

Que como la obligación en la prestación de los servicios en salud recae exclusivamente en las E.P.S., no les asiste derecho a ejercer recobro alguno ante la ADRES.

Que los copagos y cuotas moderadoras son deberes de las personas para contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud, por lo que los mismos son obligatorios, según la capacidad de pago del usuario, salvo que se encuentre en una causal de exoneración.

Que no es posible acceder a la solicitud de tratamiento integral porque la misma se pide de forma genérica, no siendo posible para el Juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables.

Por lo anterior, solicita ser exonerado de toda responsabilidad dentro del presente trámite, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico: ¿La **E.P.S. FAMISANAR** vulneró los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad personal, seguridad social y dignidad humana de **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ**, al no brindarle el tratamiento integral para el manejo de su patología a través del **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSVELT**, bajo el argumento de que dicha I.P.S. no se encuentra dentro de su red de prestadores?; y (ii) ¿Están dadas las condiciones para que la **E.P.S. FAMISANAR** exonere al accionante del deber de sufragar los copagos para la prestación de los servicios médicos requeridos para tratar su patología?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: *“es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las*

competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como *derecho* y otra como *servicio público* a cargo del Estado¹. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de *continuidad, integralidad e igualdad*; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la **Ley Estatutaria 1751 de 2015** el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

Para efectos de esta sentencia, se ahondará en los *principios de continuidad, oportunidad e integralidad*, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto.

El principio de ***continuidad*** en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que “una vez haya sido iniciada la

¹ Sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002.

atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente”². La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación³.

Por su parte, el principio de ***oportunidad*** se refiere a *“que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado”⁴. Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos⁵.*

Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del principio de ***integralidad***, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones⁶.

De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

Con todo, es necesario advertir que el concepto de integralidad *“no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”⁷*, razón por la cual, el juez constitucional tiene que

² Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015.

³ Sentencias T-586 de 2008, T-234 de 2013, T-121 de 2015, T-016 de 2017 y T-448 de 2017.

⁴ Sentencia T-460 de 2012, reiterada en la Sentencia T-433 de 2014.

⁵ Sentencia T-121 de 2015.

⁶ Sentencia T-121 de 2015.

⁷ Sentencia T-036 de 2017.

valorar -en cada caso concreto- la existencia de dicho diagnóstico, para ordenar, cuando sea del caso, un tratamiento integral⁸.

EL ALCANCE DE LA LIBERTAD DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, EN LA SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN DE SU RED PRESTADORA DE SERVICIOS

El legislador al implementar el Sistema General de la Seguridad Social, estableció como uno de sus principios fundamentales *la libertad de escogencia*. El numeral 3.12 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 dice “*El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo*”, es decir, que es permitida la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, y los usuarios tendrán la libertad de elegir entre ellas, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta del servicio.

El Decreto 1485 de 1994, “*Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud*”, reitera el derecho a la libre escogencia de los afiliados para elegir entre las distintas entidades prestadoras de salud, la que administrará la prestación de sus servicios de salud derivados del Plan de Beneficios en Salud. Pero, además, también establece la libre escogencia como un deber de dichas entidades de garantizar al afiliado al SGSSS la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el Plan de Beneficios en Salud entre un número plural de instituciones prestadoras de salud.

Con base en las anteriores normas, la jurisprudencia constitucional ha considerado la libertad de escogencia como un “*derecho de doble vía*”, pues, por un lado, constituye una “*facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en la que se suministrarán los mencionados servicios*”, mientras que, por otro lado, es una “*potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas*”⁹.

En otras palabras, *la libertad de escogencia* se trata de una prerrogativa que (i) toma fundamento en la libertad y autonomía del individuo para auto-determinarse y, de esa manera, escoger las entidades en las que confiará el cuidado de su salud; y (ii) a partir de la cual el afiliado al sistema selecciona la EPS encargada de gestionar administrativamente su

⁸ Sentencia T-092 de 2018.

⁹ Sentencia T-171 de 2015.

atención en salud y, como producto de su elección, queda limitado a las IPS con la que ésta ha decidido hacer convenios para prestar el servicio¹⁰.

No obstante, la libertad de escogencia puede ser limitada de manera válida, atendiendo a la configuración del SGSSS. Así, es cierto que los afiliados tienen derecho a elegir la I.P.S. que les prestará los servicios de salud, pero esa elección debe realizarse ***“dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado, con la excepción de que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, cuando la EPS expresamente lo autorice, o cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios”***¹¹.

Al respecto, la Corte en Sentencia T-247 de 2005 consideró: ***“Aunque la negativa al traslado de una IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio, o se presta una inadecuada atención médica o de inferior calidad a la ofrecida por la otra IPS, y ello causa en el usuario el deterioro de su estado de salud, el juez de tutela podría conceder el amparo mediante tutela.”***

Por otra parte, en Sentencia T-057 de 2013, se indicó que: ***“[C]uando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio o que, a pesar de la adecuada calidad de su prestación por diferentes factores, como por ejemplo, su ubicación, pone en riesgo el estado de salud del paciente y ello causa el deterioro de su condición, el juez de tutela podría conceder el amparo.”***

A su vez, en cuanto a la libertad de las E.P.S. de elegir las I.P.S. con las que prestará el servicio de salud, ha establecido la Corte que también se encuentra limitado, en cuanto no puede ser arbitraria y debe en todo caso garantizar la calidad del servicio de salud. En este sentido, ha explicado que ***“[c]uando la EPS en ejercicio de este derecho pretende cambiar una IPS en la que se venían prestando los servicios de salud, tiene la obligación de: a) que la decisión no sea adoptada en forma intempestiva, inconsulta e injustificada, b) acreditar que la nueva IPS está en capacidad de suministrar la atención requerida, c) no desmejorar el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido y d) mantener o mejorar las cláusulas iniciales de calidad del servicio prometido, ya que no le es permitido retroceder en el nivel alcanzado y comprometido”***¹².

¹⁰ Sentencias T-010 de 2004, T-603 de 2010, y T-481 de 2016.

¹¹ Sentencia T-745 de 2013, reiterada en la sentencia T-171 de 2015.

¹² Sentencia T-286A de 2012, reiterada en la Sentencia T-069 de 2018.

Dado que el caso en estudio se relaciona con la libertad de las E.P.S. de contratar con I.P.S., se hará referencia a algunos casos que la Corte ha decidido sobre el mismo asunto.

Así, en la Sentencia T-238 de 2003, la Corte decidió denegar una acción de tutela presentada por un afiliado al SGSSS con afección coronaria que solicitaba la práctica de un procedimiento quirúrgico en la Fundación Cardio Infantil, con la que la E.P.S. a la que se encontraba afiliado no tenía convenio. Para fundamentar su decisión, sostuvo que al accionante se le había autorizado la realización del procedimiento en el Hospital San Ignacio de Bogotá, por lo que se le estaba garantizando la prestación integral del servicio de salud, en ejercicio de la libertad de escogencia por parte de las E.P.S.

Posteriormente, en la Sentencia T-719 de 2005, se revisó el caso de una menor de edad con parálisis general irreversible, en el que su madre solicitaba que el tratamiento de rehabilitación fuera autorizado en el Taller Psicomotriz Crisálida, por considerar que solo tal instituto había brindado una atención integral con mejoría notable en su desarrollo. Al resolver el caso, la Corte decidió denegar el amparo solicitado, con base en el siguiente argumento: *“en este proceso no reposa prueba en que conste que el tratamiento en el Taller Psicomotriz Crisálida haya sido ordenado por el médico tratante de la EPS Compensar. La sola afirmación de la accionante no es suficiente para concluir que la única institución adecuada para brindar dicho tratamiento a la menor sea dicha Institución”*.

Finalmente, en la Sentencia T-965 de 2007, la Corte analizó una acción de tutela en la que se solicitaba, entre otras cosas, que le fuera autorizado a un paciente un tratamiento de rehabilitación en la Clínica Universitaria Teletón, con la que su E.P.S. no tenía convenio. Consideró la Corte en aquella ocasión que el amparo debía declararse improcedente, por cuanto *“no se le ha violado ningún derecho fundamental al citado paciente pues ha sido remitido para la realización de sus terapias a la IPS primaria de Colsubsidio, entidad con la que FAMISANAR tiene contratada la atención de tales requerimientos, IPS que debe garantizar el tratamiento integral correspondiente”*. Agregó además que no existía prueba en el expediente de que la I.P.S. en la que era atendido estuviera prestando un mal servicio.

En conclusión, por regla general, el ejercicio del derecho a escoger libremente la IPS en que se otorgará la atención en salud requerida por el afiliado está limitado a aquellas instituciones con las que la EPS tiene convenio, de forma que, a efectos de que resulte admisible que en sede de tutela se autorice la prestación de los servicios de salud en una IPS en la que la EPS del afiliado no tiene convenio, es necesario que se demuestre que dicha IPS no garantiza integralmente el servicio, o que el que otorga es inadecuado, inferior y, en consecuencia, termina por deteriorar la salud del usuario.

FALTA DE CAPACIDAD DE PAGO DE LOS AFILIADOS AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA SUFRAGAR EL COSTO DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, estableció que los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud deben efectuar el pago de *cuotas moderadoras y copagos*¹³, con el fin de racionalizar el uso de los servicios del Sistema y colaborar con su mantenimiento, contribución que se fundamenta en el principio de solidaridad¹⁴.

No obstante, la Corte Constitucional ha encontrado que en ciertas situaciones se debe inaplicar la citada norma, teniendo en cuenta las condiciones particulares que se dan en cada caso, de manera que una exigencia normativa *“si bien no es contraria a la Constitución, no puede aplicarse cuando con ella se desconozcan los derechos fundamentales a la vida y a la salud, por lo que la ‘protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual’.* Bajo estas premisas, si la dignidad humana se encuentra comprometida, las entidades públicas y privadas están obligadas a prestar los servicios de salud a quienes lo soliciten, tengan o no capacidad de pago”¹⁵.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha sostenido, que los copagos y las cuotas moderadoras no pueden ser una barrera de acceso al Sistema, por lo que no es posible negarle a una persona el servicio de salud que requiera basándose en la falta de pago. De ahí que la Corte hubiese concluido que en algunos casos se debe exonerar a los usuarios de la cancelación de cuotas moderadoras y copagos, ya que priman los derechos a la salud, a la vida y a la dignidad humana. Así, por ejemplo, en la Sentencia **T-402 de 2018**, se dijo:

“En este orden de ideas, es procedente que el operador judicial exima del pago de copagos y cuotas moderadoras cuando:

*(i) Una persona **necesite un servicio médico y carezca de la capacidad económica** para asumir el valor de la cuota moderadora, caso en el cual la entidad encargada de garantizar al paciente la atención en salud y asumir el 100% del valor correspondiente;*

*(ii) El paciente **requiera un servicio médico y tenga la capacidad económica para asumirlo, pero se halle en dificultad de hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado.** En tal supuesto, la EPS deberá garantizar la atención y brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora; y*

¹³ Según el Acuerdo 260 de 2004, por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las *cuotas moderadoras* serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los *copagos* se aplicaran única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.

¹⁴ El literal c) del artículo 2° de la Ley 100 de 1993, establece que el principio de solidaridad es *“la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil (...).”*

¹⁵ Sentencia T-841 de 2004.

iii) Una persona haya sido diagnosticada con una **enfermedad de alto costo** o esté sometida a las **prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas**, casos en los cuales se encuentra legalmente eximida del cubrimiento de la erogación económica.

No se controvierte la naturaleza y cobro de los copagos y cuotas moderadoras, puesto que tienen un fin altruista que es el de ayudar al mantenimiento del Sistema; sin embargo, se ha aceptado que atendiendo a las características económicas como a la gravedad y costo de la enfermedad con su respectivo tratamiento, pueda exonerarse del pago de estas sumas a los usuarios siempre que resulte necesario para la salvaguarda de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y al mínimo vital. Al respecto la Sentencia T-760 de 2008 indicó:

“En conclusión, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, irrespetaría su derecho a acceder a éstos, si le exige como condición previa que cancele el pago moderador al que haya lugar en virtud de la reglamentación. La entidad tiene el derecho a que le sean pagadas las sumas de dinero a que haya lugar, pero no a costa del goce efectivo del derecho a la salud de una persona.”¹⁶

Para que la tutela se torne procedente en los casos en que se solicita la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, la persona debe carecer de recursos para sufragarlos. Como en todo asunto, los hechos deben ser probados, por lo que la falta de capacidad económica debe obedecer a esta regla procesal. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha fijado unos criterios acerca de sobre quién recae la carga de la prueba de tal hecho. A continuación, se exponen las mencionadas pautas:

“(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

¹⁶ Sentencias T-815 de 2010, T-256 de 2010.

sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS;

(v) En el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.¹⁷"

CASO CONCRETO

La señora **SANDRA MILENA MARTINEZ RODRIGUEZ**, en representación de su hijo **MATEO ZULUAGA MARTINEZ**, acude a la acción de tutela en busca del amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad personal, seguridad social y dignidad humana, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. FAMISANAR**.

Afirma la accionante, que su hijo tiene diagnóstico de *Parálisis Cerebral Espástica – Diplejía Espástica*, condición por la cual requiere un tratamiento integral de salud para dar continuidad a su calidad de vida. En tal sentido, informa que la E.P.S. CRUZ BLANCA donde inicialmente se encontraba afiliado el menor, en acatamiento de un fallo de tutela del 09 de junio de 2008, le prestó el tratamiento integral a través del **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT**, hasta cuando fue liquidada.

No obstante, aduce que, al ser trasladado a la **E.P.S. FAMISANAR** con ocasión de la intervención forzosa administrativa de la E.P.S. CRUZ BLANCA, su calidad de vida se ha visto afectada, pues la accionada no ha prestado en debida forma los servicios médicos requeridos, además de que se ha negado a autorizar el tratamiento de manera integral con la referida I.P.S., siendo que en esta ciudad no existe otra que pueda prestar adecuadamente la atención en salud para la patología que su hijo padece.

La accionada **E.P.S. FAMISANAR**, al contestar la acción de tutela, señaló que de acuerdo con los diagnósticos del paciente, cuenta con la capacidad para prestarle los servicios que requiere a través de la **I.P.S. COLSUBSIDIO CLÍNICA INFANTIL**, adscrita a su red de prestadores, la cual tiene la infraestructura y experiencia profesional para adelantar de forma idónea el tratamiento que requiera. En tal sentido, sostiene que no puede remitir al usuario al **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT** como se pretende en la tutela, ya que esa IPS no hace parte del direccionamiento establecido por la E.P.S.

¹⁷ Sentencias T-683 de 2003, T-725 de 2010, entre otras.

Aunado a ello, refiere que no ha negado ni dilatado los servicios médicos que le han sido ordenados a **MATEO ZULUAGA MARTINEZ**, por lo que no puede endilgársele vulneración alguna de derechos fundamentales, ni se evidencia tampoco que en un futuro le vaya a ser negado deliberadamente el acceso a los servicios de salud. En todo caso, informa que el actor cuenta con un fallo de tutela proferido por el Juzgado Sesenta y Siete Penal Municipal de Bogotá el 09 de junio de 2008, en el que se otorgó el tratamiento integral.

Con la documental allegada, se encuentra probado que **MATEO ZULUAGA MARTINEZ** está afiliado al régimen contributivo en salud, en calidad de beneficiario, con la **E.P.S. FAMISANAR**¹⁸, y que ha sido diagnosticado con *Parálisis Cerebral Espástica, Diplejia Espástica y Deformidad Adquirida del Miembro, No Especificada*¹⁹.

En lo que respecta a la solicitud de tratamiento integral, lo primero que debe indicarse es que, siguiendo lo informado por ambas partes y el documento allegado por **FAMISANAR**²⁰, se encuentra probado que mediante Sentencia del 09 de junio de 2008, el Juzgado Sesenta y Siete Penal Municipal de Bogotá, amparó de forma definitiva los derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud y seguridad social de **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ** en relación con la E.P.S. CRUZ BLANCA, ordenándole a esta la autorización inmediata del *“medicamento TOXINA BOTULINICA PARA APLICAR INTRAOPERATORIAMENTE Y LAS CIRUGÍAS DE OSTEOTOMÍA DESMOTATOMÍA FÉMUR DERECHO, OSTEOTOMÍA PÉLVICA TIPO DEGA DERECHA Y APLICACIÓN DE TOXINA BOTULINICA CON PLACA DOBLE ANGULADA 3,5 Y 4,5 MILIMETROS SET UNO Y CON CLAVOS STEINMAN SET UNO que requiere conforme a lo ordenado por su médico pediatra tratante, con cubrimiento del 100% y se prosiga con el tratamiento integral que requiere su patología (...)*”

Como se observa, en dicha oportunidad, aunque fue ordenado el tratamiento integral, dicha determinación no se circunscribió a ninguna I.P.S. en particular, por lo que se hace necesario determinar si la decisión de la E.P.S. accionada de no remitir a **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ** al **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT** se encuentra justificada, o, si por el contrario, dicha negativa comporta una vulneración de sus derechos fundamentales.

Al respecto, se avizora que la señora **SANDRA MILENA MARTINEZ RODRIGUEZ**, madre de **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ**, en el hecho noveno atribuye un actuar negligente a la **E.P.S. FAMISANAR** en la autorización de los servicios de tratamiento integral del menor *“al mantenerse obstinadamente en su posición de no remitir la atención de servicios de salud al INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSVELT”*; es decir, su inconformidad radica no en

¹⁸ Página 18 del archivo pdf “001.AcciónTutela”

¹⁹ Páginas 13 a 15 y 31 ibidem

²⁰ Páginas 5 y 6 del archivo pdf “006. ContestaciónAccionada”

la prestación de los servicios de salud de manera integral, sino en que la misma no se esté autorizando directamente con la referida I.P.S.

Sin embargo, frente a dicha circunstancia es importante resaltar que, tal como se desprende de su contestación, la accionada no está negando los servicios médicos requeridos por el paciente, pues contrario a ello, afirma y reconoce que se encuentra en la posibilidad de brindar la atención en salud, pero a través de la I.P.S. **COLSUBSIDIO CLÍNICA INFANTIL**, la cual ofrece altos estándares de calidad en cuanto a la experiencia de su personal médico e infraestructura. En ese orden, la objeción de la **E.P.S. FAMISANAR** frente a la petición de amparo radica en la imposibilidad de dispensar el servicio en la I.P.S. que especialmente quiere la accionante, pues el **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT** no se encuentra dentro del direccionamiento establecido por la E.P.S.

Frente a ello, debe decirse que le asiste razón a la accionada, toda vez que, conforme el marco normativo esbozado en esta providencia, el derecho a la libertad de escogencia que le asiste al usuario está limitado a aquellas Instituciones pertenecientes a la red de servicios adscrita a la E.P.S. a la cual está afiliado, y, en tal virtud, solo es admisible que se autorice la prestación de servicios de salud en una I.P.S. que no tenga convenio si se demuestra que la I.P.S. adscrita no garantiza integralmente el servicio, o que el que otorga es inadecuado o inferior y en consecuencia, termina por deteriorar la salud del usuario, situaciones éstas que no se presentan en el caso bajo estudio.

En efecto, nótese que en el hecho séptimo la señora **MARTINEZ RODRIGUEZ** señala que la **E.P.S. FAMISANAR** ha retrasado la autorización de las citas médicas con especialistas, exámenes, entrega de aparatos ortopédicos, y demás elementos que forman parte del tratamiento integral de su hijo; sin embargo, no se indica de manera específica cuáles son los servicios en los que la accionada ha dilatado su suministro y menos aún se informa o se prueba que se haya negado la prestación de alguno, sin ofrecerle alternativa.

En este punto se destaca que, revisadas las pruebas aportadas con la acción de tutela, únicamente se observan dos peticiones que fueron elevadas a la accionada por parte de la señora **MARTINEZ RODRIGUEZ** los días 20 de noviembre de 2019 y 20 de noviembre de 2020, solicitando específicamente el suministro de un aparato ortopédico y la autorización de unas órdenes del ortopedista, sin que de estas pueda desprenderse una vulneración actual de las garantías superiores del menor; primero, por el tiempo transcurrido entre dichas solicitudes y la presentación de esta acción, y segundo, porque en el líbelo no se señaló tampoco que, a la fecha, no se hubieran prestado los servicios reclamados, máxime cuando la actora aportó la copia de las respuestas que la accionada brindó en su momento, lo que descarta omisión, dilación o negligencia alguna.

Ahora bien, se tiene que en los hechos de la tutela la accionante solo hace mención a un servicio aparentemente no autorizado por la E.P.S., relativo a una consulta de ortopedia necesaria para que el especialista genere las órdenes médicas a que haya lugar frente a un procedimiento quirúrgico que requiere para corregir su rodilla; situación frente a la cual interpuso una queja en la Superintendencia Nacional de Salud el 02 de noviembre de 2021.

Sin embargo, la misma accionante aportó copia de una comunicación enviada por la **E.P.S. FAMISANAR** bajo el radicado NURC:PQRD-21-1241805 en la que le informan la programación de *Cita Ortopedia Pediátrica* para el día 09 de noviembre de 2021 a las 7:00 a.m., con el especialista Luis Charry, en la modalidad presencial en la **I.P.S COLSUBSIDIO CLÍNICA INFANTIL**, hecho que también fue manifestado por la accionada al descorrer el traslado.

Así entonces, se encuentra acreditado que el último servicio informado en la tutela como presuntamente dilatado, ya fue efectivamente autorizado e incluso programado, de manera que no se encuentra motivo que justifique la negligencia que se alega por la parte actora.

En este punto se destaca que, el hecho de no haberse autorizado la cita médica a través de los especialistas del **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT** no comprueba *per se* el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la accionada pues, se itera, ésta cuenta con la facultad de asignar la prestación de los servicios a través de cualquiera de las I.P.S. adscritas a su red de prestadores, salvo que se evidencie alguna falta de idoneidad, calidad o efectividad en los servicios prestados por parte de estas. Sin embargo, en la tutela no se menciona que la I.P.S. a la cual fue remitido el paciente no hubiera cumplido con la cita médica asignada, ni algún otro motivo por el cual tal I.P.S. no fuera competente para asumir la atención médica del menor.

Es menester resaltar que, la sola manifestación de la accionante, relativa a que en Bogotá *“no existe otra IPS distinta del INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT que pueda prestar adecuadamente la atención en salud para esta clase de patologías específicas y especiales”*, resulta insuficiente para considerar que aquella sea la única IPS a la que puede ser remitido el paciente y que, por ende, la accionada se encuentre en la obligación de autorizar en ese lugar la prestación de todos los servicios médicos que requiera.

En suma, no se mencionó ni se probó, que la **I.P.S COLSUBSIDIO CLÍNICA INFANTIL**, donde la E.P.S. ofrece prestar los servicios requeridos por **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ**, no los garantice integralmente, o que los que otorga sean inadecuados, inferiores y/o deterioren su salud; determinaciones que no pueden estar sometidas al criterio del usuario, sino que tienen que estar fundamentadas en los conceptos y análisis que al

respecto emitan los médicos tratantes, únicos que cuentan con la idoneidad para establecer si las condiciones de salud del paciente mejoran o disminuyen frente a la aplicación de un determinado procedimiento o frente a la atención en una determinada Institución.

Así entonces, no está probado que la E.P.S. accionada esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud del agenciado, ni que la I.P.S. a la que quiere la parte actora se remitan las atenciones médicas sea la que de manera exclusiva pueda brindarla, ni que la I.P.S. con la que sí existe convenio no garantice integralmente la prestación del servicio, o que, pese a su adecuada calidad, la salud del paciente se vea en riesgo o pueda sufrir deterioro, debido a otros factores que no le son atribuibles, v. gr., su ubicación.

Por lo anterior, es dable concluir, que la **E.P.S. FAMISANAR** ha ejercido el derecho a la libre escogencia de las I.P.S. que conforman su red de prestadores para justificar la negativa de autorizar la atención médica requerida por **MATEO ZULUAGA MARTINEZ** en el **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT**; razón por la cual no es procedente ordenarle que contrate o autorice la prestación del servicio en una I.P.S. con la que no tiene convenio.

Debe recordarse que el derecho del usuario de escoger la I.P.S. únicamente puede ser ejercido dentro del marco de opciones que ofrezca la E.P.S., y en este caso, no se advierte violación cierta y concreta de algún derecho fundamental del paciente o riesgo en su salud con la negativa de autorizar la atención médica en la I.P.S. que desea su madre.

Finalmente, se pone de presente que no es necesario, ni viable, ampliar por esta vía la orden de tratamiento integral a favor de **MATEO ZULUAGA MARTINEZ**, como quiera que la obligación impuesta a la E.P.S. CRUZ BLANCA en la sentencia del 09 de junio de 2008, fue subrogada por la **E.P.S. FAMISANAR** en el momento en que recibió por traslado a dicho usuario.

La anterior consideración encuentra fundamento en el artículo 2.1.11.10 del Decreto 1424 de 2019²¹, según el cual:

“Artículo 2.1.11.10 Garantía de la continuidad en la prestación de los servicios de salud. Las EPS receptoras de afiliados a quienes las EPS de donde provienen les hubiesen autorizado servicios o tecnologías en salud que a la fecha de asignación no hayan sido garantizados, deberán prestarlos dentro de los 30 días calendario siguientes a la efectividad de la asignación, siempre y cuando no se ponga en riesgo la vida del paciente, caso en el cual deberá garantizar la oportuna atención.

²¹ Por el cual se sustituye el Título 11 de la Parte 1 del Libro 2, se modifica el artículo 2.1.7.11 y se deroga el parágrafo del artículo 2.5.2.2.1.5 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación con las condiciones para garantizar la continuidad de los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud (EPS)

En el caso de servicios y tecnologías autorizados no financiados con cargo a la UPC, la EPS receptora garantizará la continuidad del tratamiento. Así mismo deberá continuar prestando los servicios y tecnologías ordenados por autoridades administrativas o judiciales. En ningún caso se podrán requerir trámites adicionales al afiliado.

A los pacientes con patologías de alto costo, madres gestantes y afiliados hospitalizados, la EPS deberá garantizar la oportunidad y la continuidad en la atención en salud de manera inmediata.” (Subrayas fuera del texto)

Así mismo lo ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia T-681 de 2014, donde puntualizó lo siguiente:

“(…) la Corte ha sostenido que los afiliados al sistema no pueden verse afectados por los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesen las E.P.S., porque los pacientes no deben ver obstaculizado su procedimiento médico en razón de los trámites internos que a nivel administrativo adelanten las entidades de salud.

En esa medida, una E.P.S. que entra en liquidación debe asegurar la continuidad en la prestación del servicio de sus beneficiarios, hasta que el traslado a otra entidad se haya hecho efectivo y opere en términos reales. Por su parte, la entidad receptora tiene la obligación de continuar con la prestación de los servicios pendientes y autorizados.

Lo anterior obedece a que los afiliados no deben ver afectados sus derechos fundamentales por la negligencia y falta de previsión de la entidad prestadora del servicio de salud, como tampoco pueden asumir por cuenta de la imprevisión administrativa la obligación de desarrollar una serie de procedimientos con el fin de obtener autorización para el suministro de medicamentos o tratamientos médicos que requieran con urgencia o con ocasión de una enfermedad ruinosa o catastrófica.

*En esa medida, debe entenderse que **cuando se traslada a un usuario de una entidad encargada del servicio de salud a otra, en razón de la liquidación de aquella, y exista una orden previa para la prestación de servicios (POS o no POS), por ejemplo decretada por un juez de tutela, la E.P.S. receptora debe asumir la obligación impuesta y no puede justificar su negativa a suministrar el servicio, con base en el argumento de que al no haber sido parte en el proceso de tutela, tal imposición vulnera su derecho al debido proceso.*** (Subrayas y negrilla fuera del texto).

Bajo ese entendido, resulta claro que, aun cuando la **E.P.S. FAMISANAR** no fue parte dentro de la acción de tutela tramitada ante el Juzgado Sesenta y Siete Penal Municipal, es su deber dar continuidad a la obligación de brindar el tratamiento integral, en virtud de la sentencia del 09 de junio 2008 que amparó los derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud y seguridad social de **MATEO ZULUAGA MARTINEZ**; y, en ese sentido, no tiene este Juzgado la competencia para emitir un nuevo pronunciamiento sobre dicho asunto.

Establecido lo anterior, se procede con el estudio del segundo problema jurídico, relativo a la procedencia de exonerar a **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ** del deber de sufragar los copagos para la prestación de los servicios médicos requeridos para tratar su patología.

Frente a ello, la **E.P.S. FAMISANAR** señaló, que es improcedente la exoneración de cuotas moderadoras en este caso, por cuanto el agenciado no presenta una patología de alto costo, ni se encuentra dentro de las causales de exoneración previstas en la Circular 016 de 2014, expedida por el Ministerio de Salud y Protección social.

Pues bien, respecto del costo de cuotas moderadoras y copagos, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud deben efectuar su pago con el fin de racionalizar el uso de los servicios y colaborar con su mantenimiento.

A su turno, el Acuerdo 260 de 2004, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en su artículo 3º estableció la diferencia entre las cuotas moderadoras y los copagos, señalando que, las primeras son aplicables a los cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los segundos se aplican única y exclusivamente a los beneficiarios; de manera que, estando acreditado que el accionante se encuentra afiliado como *beneficiario* a la **E.P.S. FAMISANAR**, es procedente estudiar la petición de que se le exonere del pago de copagos, pues es un rubro que en su calidad sí le puede ser cobrado.

Así entonces, según se esbozó en el marco normativo de esta providencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aceptado que su pago se puede obviar en tres circunstancias: (i) que el usuario *necesite* la prestación de un servicio de salud y carezca de la capacidad económica para asumir su costo; (ii) que el usuario *requiera* un servicio médico y tenga la capacidad económica para asumirlo, pero no pueda sufragarlo antes de que le sea prestado; y (iii) cuando se trate de pacientes con enfermedades de alto costo o sometidos a prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas.

Nótese que, en los dos primeros eventos, la Corte hace referencia a que la exoneración procede frente a un servicio médico que el paciente *necesite* o *requiera*, circunstancia de la que se desprende que la orden de exoneración debe recaer sobre un servicio específico frente al cual, según las condiciones económicas del usuario, la EPS deberá asumir el 100% del valor correspondiente, o garantizar la atención y brindar formas de pago.

Sin embargo, en el presente asunto, la actora no elevó ninguna manifestación referente a no contar con la capacidad de pago para sufragar el costo de los copagos, por lo que la ausencia de dicha afirmación impide establecer que el paciente se encuentre en esa circunstancia; y, por otro lado, la solicitud de exoneración no se realizó frente a un servicio específico, sino que de manera genérica pretende que se le aplique dicho beneficio frente a *todos* los exámenes, procedimientos, citas médicas, intervenciones quirúrgicas, terapias y suministro de aparatos ortopédicos; petición que así descrita implicaría el decreto de un

mandato incierto e indeterminado en el tiempo, lo cual está proscrito para el Juez de tutela, pues los fallos deben ser determinables, a efectos de brindar seguridad jurídica.

Ahora bien, es de resaltar que la Circular 016 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social, exceptúa del pago de cuotas moderadoras y copagos a 9 grupos de población, dentro de los cuales se encuentran:

“4. Los niños, niñas y adolescentes de SISBÉN 1 y 2, con discapacidades físicas, sensoriales y cognitivas, enfermedades catastróficas y ruinosas que sean certificadas por el médico tratante, respecto a los servicios y medicamentos de la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios (Ley 1438 de 2011, artículo 18)

(...)

8. Las personas con cualquier tipo de discapacidad, en relación con su rehabilitación funcional, cuando se haya establecido el procedimiento requerido, en concordancia con los artículos 65 y 66 de la Ley 1438 de 2011 (Ley 1618 de 2013, artículo 9, numeral 9).”

No obstante, se itera que, en el *sub examine*, la actora no manifestó que el núcleo familiar del menor se encuentre imposibilitado económicamente para asumir dichos gastos, ni se encuentra probado tampoco que la clasificación actual del Sisbén de **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ** lo ubique en la causal descrita en el numeral 4 de la Circular 016 de 2014.

Así mismo, este numeral prevé la exoneración para los niños, niñas y adolescentes con discapacidades físicas, sensoriales y cognitivas, enfermedades catastróficas y ruinosas certificadas por el médico tratante, respecto a los servicios y medicamentos de la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios.

Al respecto, es importante señalar que la jurisprudencia constitucional ha establecido que toda persona que padezca una enfermedad calificada como de *alto costo, catastrófica o huérfana*, se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos o cuotas moderadoras, con independencia de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o en el subsidiado²². Además, ha indicado que dichas enfermedades son las enlistadas en la Resolución 3974 de 2009, debiéndose incluir: los procedimientos, eventos o servicios que se han considerado como tales en las Resoluciones 5221 de 2013 y 6408 de 2016.

Sin embargo, revisado el expediente, se encuentra que las patologías con las que ha sido diagnosticado **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ**, a saber, *Parálisis Cerebral Espástica, Diplejia Espástica y Deformidad Adquirida del Miembro, No Especificada*²³, no se encuentran catalogadas como catastróficas, huérfanas o de alto costo, en las referidas normas.

²² Sentencias T-399 de 2017 y T-402 de 2018.

²³ Páginas 13 a 15 y 31 del archivo pdf “001. AcciónTutela”

Adicionalmente, se reitera que la accionante no indicó puntualmente frente a qué servicios o tecnologías se requería la exoneración de los copagos, siendo que en los numerales citados de la Circular 016 de 2014, dicho beneficio se contempla respecto de servicios y medicamentos establecidos por el médico tratante (numeral 4), o en relación con la rehabilitación funcional del paciente cuando se haya establecido el procedimiento requerido (numeral 8). Es decir, ni en lo manifestado en la tutela, ni en las pruebas, se encontró alguna indicación frente a algún tratamiento específico, procedimiento o medicamento para su rehabilitación, por lo que no es dable dar aplicación a la exoneración pretendida.

Se aclara en este punto que, junto con la tutela, fue aportada una copia del *Reporte Análisis de Marcha* realizado a **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ** el 22 de octubre de 2021 por parte del médico ortopedista José Luis Duplat, la Fisioterapeuta Lina Ramírez y la Ingeniera de Sistemas María Elsy Rodríguez, en el que se hicieron las siguientes *recomendaciones terapéuticas*:

- “1. Retiro de material de osteosíntesis de las placas que hay en fémures y en la tibia derecha.*
- 2. Retiro de placas en ocho en fémur y tibia derecha.*
- 3. Nueva osteotomía femoral supracondílea derecha varizante.*
- 4. Osteotomía supramaleolar derecha rotadora hacia interno buscando ángulos muslo pie simétricos.”*

Empero, en dicho documento se evidencia la siguiente anotación: *“Tenga en cuenta que el examen de marcha es una prueba diagnóstica. El manejo propuesto por quien interpreta el examen es una recomendación susceptible de modificarse a criterio del médico tratante”*²⁴. En consonancia con ello, el **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT** en su contestación informó que en dicho Laboratorio de Marcha del 22 de octubre de 2021 se estableció como Plan de Manejo / Información y Recomendaciones: *“Llevar resultados a médico tratante”*, y es por ello precisamente que en el hecho undécimo la actora sostuvo que las recomendaciones terapéuticas precisaban una intervención urgente, previa autorización por parte de la **E.P.S. FAMISANAR**, pero que ésta no había autorizado la consulta de *Ortopedia* *“para que el especialista tratante generara las ordenes médicas para autorizar los procedimientos quirúrgicos necesarios”*.

Bajo ese entendido, resulta claro que las 4 *recomendaciones terapéuticas* que arrojó el Laboratorio de Marcha no pueden entenderse por sí solas como el tratamiento a seguir en este momento para el manejo de las patologías del paciente, pues tal como se indicó en esa oportunidad y lo reiteró el Instituto en su contestación, las mismas debían ser puestas en conocimiento del médico tratante para que éste, con base en ellas, fuera quien decidiera el

24 Página 31 ibidem

tratamiento adecuado para **MATEO ZULUAGA MARTÍNEZ** y expidiera las prescripciones médicas a que hubiera lugar.

Sin embargo, tal como se indicó al estudiar el primer problema jurídico, no se hizo mención en la tutela a la cita médica programada por la accionada en la **I.P.S. COLSUBSIDIO CLÍNICA INFANTIL**, con el especialista en ortopedia pediátrica, Dr. Luis Charry, esto es, en relación con si la misma se llevó a cabo y si en tal oportunidad el médico ordenó alguna intervención, medicamento u otro servicio o tecnología en salud, sobre los cuales sí procedería de manera específica la orden de exoneración de los copagos correspondientes, pues, se itera, no es dable al Juez constitucional emitir una orden de amparo indefinida en el tiempo, ni respecto de servicios médicos cuya prescripción es igualmente indeterminada.

Finalmente, tampoco hay prueba que evidencie que el actor esté en un programa especial de atención integral para patologías específicas y en virtud del cual esté sometido a prescripciones regulares, por lo que tampoco se cumple con los supuestos de la tercera circunstancia en que la que la jurisprudencia constitucional ha señalado como procedente la exoneración de copagos.

Por las razones hasta aquí expuestas, no se demuestra la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad personal, seguridad social y dignidad humana de **MATEO ZULUAGA MARTINEZ**, por parte de la **E.P.S. FAMISANAR**, y en consecuencia se denegará el amparo.

Se desvinculará al **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT**, al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad personal, seguridad social y dignidad humana de **MATEO ZULUAGA MARTINEZ**, invocados por la señora **SANDRA MILENA MARTINEZ RODRIGUEZ**, en contra de la **E.P.S. FAMINSANAR**, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR del presente trámite constitucional al **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT**, al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus COVID-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

CUARTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ