

## **Sentencia T-399/17**

Referencia: Expediente T-6.052.567

Acción de tutela interpuesta por Lina María Marín Álvarez en representación de su hijo menor de edad contra la EPS SURA.

Magistrada Ponente:  
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

### **SENTENCIA**

En el proceso de revisión del fallo del treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016) proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabaneta Antioquia, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Lina María Marín Álvarez en representación de su hijo menor de edad contra la EPS SURA.

#### **I. ANTECEDENTES**

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Tres (3) de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión,<sup>1</sup> la acción de tutela de la referencia. Así, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

##### **1. Solicitud y hechos**

La señora Lina María Marín Álvarez, en nombre y representación de su hijo menor de edad, interpuso el 18 de octubre de 2016, acción de tutela contra la EPS SURA, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física, al negar el suministro de insumos y tratamiento integral requerido como consecuencia de la enfermedad huérfana que padece, bajo el argumento de que lo solicitado no se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud y que no existe prescripción médica, desconociendo la especial atención que otorga la normativa vigente a este tipo de enfermedades.

La accionante funda su solicitud de tutela en los siguientes hechos:

1.1. Refiere que su hijo, que en la actualidad tiene un año de edad, fue operado *in útero* de

---

<sup>1</sup> Sala de Selección Número Tres, conformada por los Magistrados Iván Humberto Escrucería Mayolo y Aquiles Arrieta Gómez, mediante Auto proferido el treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

*Espina Bífida (Mielomeningocele)*, enfermedad que es considerada como huérfana según lo establecido en la Resolución 2084 de 2015. En la actualidad el menor está siendo tratado por diversas patologías, tales como: herniorrafia inguinal bilateral, displasia de rodilla y cadera, pie equino varo bilateral y vejiga neurogénica. Esta última implica la aplicación de una sonda vesical cada 6 horas.

1.2. Su pequeño hijo presenta secuelas que implican la realización continua y permanente de consultas y procedimientos que deben ser prestados por diferentes especialistas como pediatría, nefrología, neurocirugía, ortopedia, cirugía vascular, fisioterapia, terapia de lenguaje y nutricionista, entre otros. Advierte que el cumplimiento de las diferentes citas, implica un alto costo en el transporte, el cual considera que asciende a cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$450.000) mensuales.

1.3. Afirma que en copagos y cuotas moderadoras cancela aproximadamente cien mil pesos (\$100.000) mensuales. Además de los gastos periódicos correspondientes a insumos, los cuales suman aproximadamente seiscientos dieciséis mil pesos (\$616.000), que discrimina de la siguiente manera: pañales, setenta y cinco mil pesos (\$75.000), pañitos y crema antipañalitis, sesenta y tres mil pesos (\$63.000) y leche ENFAMIL, cuatrocientos setenta y ocho mil, cuatrocientos pesos (\$478.400).

1.4. Sostiene que el ingreso mensual de su núcleo familiar, compuesto por ella y su esposo, asciende a un millón ciento setenta mil pesos (\$1.170.000), con lo que escasamente logran cubrir sus gastos básicos, sin que puedan asumir el costo del tratamiento que requiere su hijo.

1.5. Indica que la normativa vigente reconoce un especial interés en las enfermedades huérfanas, señalando entre otras la Ley 1392 de 2010, en la cual se establece en relación con estas enfermedades, que las prestaciones no incluidas en el plan obligatorio serán financiadas con cargo a los recursos del FOSYGA. Igualmente el Acuerdo 260 de 2004, que establece exenciones de copagos a los pacientes de alto costo, donde considera, se incluyen las enfermedades huérfanas en virtud de lo establecido en el Decreto 1954 de 2012.

1.6. Por lo anterior, solicita al juez de tutela ordenar que: (i) su hijo sea eximido permanentemente de copagos y/o cuotas moderadoras por cualquier servicio de salud, (ii) el suministro mensual de insumos (pañales, pañitos húmedos, crema antipañalitis y cualquier medicamento o tecnología NO POS que sea requerido por sus patologías), (iii) garantizar el transporte hasta el lugar de las terapias, citas médicas, controles o procedimientos, y (iv) el suministro de leche ENFAMIL, la cual fue recomendada por el pediatra perteneciente al programa bebé canguro, por no producir cólico ni estreñimiento al niño.

## **2. Contestación de la demanda<sup>2</sup>**

El Representante Legal Judicial de la EPS SURA contestó la acción de tutela y solicitó negar las pretensiones, al no presentarse vulneración de algún derecho fundamental.

Inicialmente, advirtió que al menor se le ha brindado un tratamiento integral teniendo en cuenta sus patologías, sin que se haya presentado negación o dilación injustificada en la prestación de los servicios que se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

---

<sup>2</sup> El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabaneta, Antioquia, mediante Auto del dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciséis (2016), avocó conocimiento de la acción de tutela y corrió traslado a la entidad accionada a fin de que hiciera las manifestaciones pertinentes en defensa de sus intereses.

En relación con la solicitud de pañales, indica que no pueden ser autorizados, pues sin el suministro de los mismos no se pone en riesgo la vida del usuario, al ser un insumo considerado de carácter “*suntuario y no funcional*”. En el mismo sentido, indicó que el POS no incluye el servicio de transporte para asistir a terapias o consultas ambulatorias, razón por la cual no puede ser autorizado.

### **3. Pruebas que obran en el expediente**

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

3.1. Copia del Registro Civil de Nacimiento del hijo de la accionante, en el cual se señala como fecha de nacimiento el 19 de marzo de 2016.<sup>3</sup>

3.2. Copia de la historia clínica de la señora Lina María Marín Álvarez, en la que consta que en la semana 25 de embarazo le fue diagnosticado al feto Espina Bífida Lumbar sin Hidrocéfalo, siendo candidata a reparación intrauterina.<sup>4</sup>

3.3. Copia de la historia clínica del menor, en la que se señala que se trata de un paciente con *Mielomeningocele y vejiga neurogénica*. Así mismo, se diagnostica *Talipes Equinovarus y luxación congénita de la cadera bilateral*, en donde se prescriben consultas de control con medicina genética, neurocirugía, ortopedia, cirugía vascular y nefrología.<sup>5</sup> Igualmente, se ordenan exámenes y se prescriben medicamentos y sondas para realizar cateterismo 4 veces al día.<sup>6</sup>

### **4. Decisión de única instancia**

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabaneta, Antioquia, mediante fallo del treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016), declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que no existe evidencia de vulneración o amenaza a los derechos fundamentales deprecados.

Indicó que de los documentos aportados por la accionante, no se allegó ninguno que diera cuenta de la existencia de una orden médica que no hubiera sido atendida o autorizada por la EPS accionada y que tuviera relación con las pretensiones de la demanda. En relación con el suministro de la leche ENFAMIL, destacó que no existe concepto médico que dé cuenta de la intolerancia del menor a otras fórmulas o suplementos alimentarios. En el mismo sentido, frente al suministro de pañales, pañitos y crema antipañalitis, señaló que no existe orden médica que los prescriba.

Respecto a la solicitud de reconocimiento de transporte, afirmó que el traslado a las citas de control se realiza en interregnos de un mes y de hasta 6 meses, situación que no transgrede la economía familiar, pues los padres del menor trabajan y hacen parte del régimen contributivo, motivo por el cual se deduce pueden asumir los gastos de transporte del menor y de un acompañante.

Por último, sobre la pretensión de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, resaltó su improcedencia, pues en la actualidad, al llegar al tope máximo de cobros, no se están efectuando dicho pagos.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

---

<sup>3</sup> Folio 3 del cuaderno principal de tutela.

<sup>4</sup> Folios 5 al 7 del cuaderno principal de tutela.

<sup>5</sup> Folios 8 al 40 del cuaderno principal de tutela.

<sup>6</sup> Folio 32 del cuaderno principal de tutela.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

## 2. Problema jurídico

En consideración a los antecedentes planteados, corresponde a la Sala de Revisión responder el siguiente problema: ¿desconoce la EPS SURA los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y a la seguridad social de un menor, al negarle el suministro de insumos, servicio de transporte y exoneración de copagos y cuotas moderadoras, bajo el argumento de no existir orden médica y encontrarse excluidos del Plan Obligatorio de Salud, desconociendo que padece una enfermedad catalogada como huérfana y la manifestación de sus padres de no contar con los recursos económicos para asumir el costo del tratamiento?

Para resolver la cuestión planteada, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas analizará: **primero**, el derecho a la salud de los niños, su acceso y atención preferente, **segundo**, la naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y las hipótesis en las que cabe su exoneración, **tercero**, el cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud, y **cuarto**, se analizará el caso concreto.

## 3. El derecho a la salud de los niños, su acceso y atención preferente

En el ordenamiento jurídico colombiano los derechos a la seguridad social y a la salud se encuentran consagrados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, donde se señala que los mismos son servicios públicos que deben ser prestados conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Tratándose de menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor importancia, pues se refiere a sujetos de especial protección en consideración a su temprana edad y a su situación de indefensión. En este sentido, el artículo 44 de la Constitución establece que “*son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, y la seguridad social, [...]*”

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño<sup>7</sup> reconoce expresamente el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y de servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su salud. De esta manera, señala que: “*Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud*”<sup>8</sup>. Así mismo, el artículo 3.1 de la Convención incorpora el principio de interés superior de los niños, al exigir que en “*todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*”

En esta misma línea de protección, la Ley Estatutaria 1751 de 2015,<sup>9</sup> promulgada el 16 de febrero del año 2015, consagra por un lado, el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. En este sentido, en su artículo 2° dispone que el goce del derecho a la salud comprende el acceso a los

---

<sup>7</sup> Adoptada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991

<sup>8</sup> Ley 12 de 1991, artículo 24.

<sup>9</sup> “*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”

servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, para lo cual establece que el Estado debe adoptar “*políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas*”.

Por otro lado, frente al derecho a la salud de los menores de edad, el artículo 6° de esta ley enumera los elementos y principios esenciales que deben regir la prestación del derecho, dentro de los que se encuentra el principio de *prevalencia de derechos*, en virtud del cual le compete al Estado “*implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años*”.<sup>10</sup>

A su vez, el artículo 11 establece como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser “*limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica*”. En este orden, se reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 8° de esta misma ley señala que el servicio de salud debe ser suministrado de manera *integral*, con el fin de prevenir, paliar o curar la enfermedad tratada, sin que se pueda fragmentar la responsabilidad en la prestación de dicho servicio “*en desmedro de la salud del usuario*”. Y respecto de los servicios y tecnologías que se encuentran excluidos de la prestación del servicio de salud, el artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud indica claramente que son aquellos:

- “a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;*
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.”*<sup>11</sup>

De conformidad con lo expuesto, puede concluirse, como regla general, que todo está cubierto por el plan de salud a excepción de aquellas prestaciones que cumplan con los criterios referidos. No obstante, debe tenerse en cuenta que el parágrafo 1° del citado artículo 15 establece un plazo de dos años para que el Ministerio de Salud y Protección Social reglamente la materia descrita.<sup>12</sup> Por lo anterior, esta Corporación ha indicado que

---

<sup>10</sup> Ley 1751 de 2015, artículo 6°, literal f.

<sup>11</sup> Ley 1751 de 2015, artículo 15.

<sup>12</sup> Mediante el boletín de prensa del 7 de febrero de 2017, el Ministerio de Salud y Protección Social informó sobre los avances en relación con la implementación de la Ley Estatutaria de Salud. Destacó que “*debido a la amplitud de los temas de que trata, ponerla en marcha ha demandado esfuerzos en distintos niveles, que van desde la introducción de herramientas novedosas hasta el seguimiento a procesos anteriores a su expedición; desde cambios de fondo hasta simples ajustes normativos*”. De esta manera, precisó que las novedades en materia de salud, a la fecha, son: (i) la eliminación de los comités técnico-científicos (CTC) y la puesta en marcha del aplicativo en línea Mi Prescripción (Mipres), mediante el cual el médico tratante elabora la prescripción y la envía a la EPS para que realice el suministro al paciente y este pueda reclamar los servicios o tecnologías así no se encuentren incluidos en el POS, sin necesidad de que la opinión del galeno esté sometida a otra instancia; (ii) actualización de la reglamentación relacionada con los procesos de afiliación y acreditación de derechos de los afiliados, mediante el Decreto 2353 de 2015, el cual reduce trámites y procesos para los ciudadanos y crea el Sistema de Afiliación Transaccional, el cual permitirá

con el fin de procurar la efectividad del derecho fundamental a la salud, la reglamentación anterior a la mencionada Ley Estatutaria continua vigente, en lo que no sea contrario a sus disposiciones.<sup>13</sup>

Bajo este entendido, y en relación con el caso ahora estudiado, resulta pertinente precisar los criterios utilizados por la jurisprudencia constitucional para el suministro de medicamentos, insumos o servicios que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

En principio, el derecho fundamental a la salud es exigible por vía de tutela solamente respecto de los contenidos del Plan de Beneficios. Sin embargo, dicha regla no es absoluta, pues esta Corporación ha señalado que en ciertos eventos se pueden amparar prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios, con el fin de atender los mandatos de orden constitucional, por lo que *“el juez Constitucional [al] examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos”*<sup>14</sup>.

En este sentido, ha sido reiterativa la jurisprudencia en considerar que se vulnera el derecho fundamental a la salud cuando se niega al paciente un medicamento excluido del POS, en los siguientes eventos:

*“(i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado (ii) que se trata de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).[;] (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante”*<sup>15</sup>

Ahora, tratándose de la prestación del servicio de salud requerida por menores de edad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños.<sup>16</sup>

Así, esta Corporación ha sostenido que cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual.<sup>17</sup>

---

actualizar, en línea y en tiempo real, la base de datos de afiliados; y (iii) las barreras de acceso– han sido fuertemente sancionadas por la Superintendencia Nacional de Salud. (<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Ley-Estatutaria-de-Salud-la-implementacion.aspx>).

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-299 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 1999 (MP ), reiterada en la Sentencia T-200 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos; AV María Victoria Calle Correa).

<sup>15</sup> Estas reglas han sido señaladas, entre muchas otras, en las Sentencias SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) T-683 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-1331 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-1083 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-355 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-020 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-180 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-121 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-557 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos).

En este sentido, ha señalado que *“En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”*.<sup>18</sup> (Subrayado fuera del texto original)

En relación con el suministro de medicamentos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, la Sentencia T-681 de 2012<sup>19</sup> manifestó que: *“[Dado] que la salud y particularmente la de niños, niñas y adolescentes ha sido reconocida como derecho fundamental, siendo manifiesto el deber de protección especial cuando padecen de alguna situación de discapacidad, por virtud de los artículos 13, 44 y 47 de la carta, es posible reafirmar que el estudio que el juez de tutela efectúe sobre la viabilidad jurídica del otorgamiento de un tratamiento integral y/o especializado no incluido en el POS, encaminado a lograr la recuperación del niño en sus condiciones de salud, resultará mucho menos estricto respecto del que se haría en caso de tratarse de un sujeto de derecho de otras condiciones.”* (Subrayado fuera del texto original)

Con fundamento en estas consideraciones hacia los menores, la Corte Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha tutelado los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de niños, frente a la negativa de las Entidades Promotoras de Salud - E.P.S- de conceder insumos o medicamentos por no estar incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Así por ejemplo, en la Sentencia T-244 de 2003<sup>20</sup> se amparó el derecho a la salud y a la vida digna de una menor de edad que padecía una insuficiencia de la hormona del crecimiento, por lo que su médico tratante ordenó tratamiento con medicamento que suplía dicha hormona pero que se encontraba excluida del POS. La Sala en esa ocasión, ordenó a la EPS demandada la entrega del medicamento, porque a juicio de esta Corporación, la enfermedad que padecía la menor, comprometía el desarrollo de una vida digna en condiciones de igualdad respecto de otras menores

Igualmente, la Sentencia T-069 de 2005<sup>21</sup> estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, por lo que le fue ordenada la utilización permanente de audífonos, los cuales fueron negados por la EPS, indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos. En esa ocasión la Corte afirmó que:

*“la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; “por una parte, por ser un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta”*.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa).

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-681 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-244-03 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

Con similares argumentos, en la Sentencia T-539 de 2013<sup>23</sup> la Corte tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un menor de edad que padecía de insuficiencia renal y que requería para su tratamiento del suministro de un medicamento que se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud, al considerar que la negación de medicamentos por parte de la Entidad Promotora de Salud, tornaba indigna la existencia del paciente debido a que no le permitía el goce de una óptima calidad de vida, impidiéndole desarrollarse plenamente. Así mismo, señaló respecto de los derechos del menor *“que tanto las autoridades públicas y los particulares deben garantizar su desarrollo integral, teniendo especial cuidado de sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas”*

En conclusión, tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia constitucional han sido claras en señalar el trato preferente que deben tener los menores de edad para la satisfacción de su derecho a la salud, razón por la cual todas las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud deben respetar y garantizar de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita el acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares.

#### **4. La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y las hipótesis en las que cabe su exoneración**

La Ley 100 de 1993, por medio de la cual se regula el Sistema de Seguridad Social Integral, en su artículo 187 contempla la existencia de *pagos moderadores*, lo cuales tienen por objeto racionalizar y sostener el uso del sistema de salud. Esta misma norma aclara que dichos pagos no pueden convertirse en barreras de acceso al servicio bajo ninguna circunstancia, razón por la cual se prevé que el monto de las mismas deberá ser estipulado de conformidad con la situación socioeconómica de los usuarios del Sistema.

Sobre el particular, en la Sentencia C-542 de 1998<sup>24</sup> mediante la cual se declaró condicionalmente exequible el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, se advirtió: *“(…) de la misma manera como esta Corporación lo hizo en la Sentencia C-089 de 1.998, ya aludida, la exequibilidad del cobro de las cuotas moderadoras tendrá que sujetarse a la condición de que con éste nunca se impida a las personas el acceso a los servicios de salud; de tal forma que, si el usuario del servicio -afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, “ el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes.”*

En igual sentido, la Corte Constitucional ha señalado que cuando una persona no tiene los recursos económicos para cancelar el monto de los pagos o cuotas moderadoras, la exigencia de las mismas limita su acceso a los servicios de salud, lo cual, teniendo en cuenta lo explicado en esta providencia, va en contravía de los principios que deben regir la prestación del servicio de salud.

Al respecto, en la Sentencia T-328 de 1998<sup>25</sup> la Corte expresó:

*“El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada*

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 539 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara).

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz).

*anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria.*

*No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos<sup>26</sup> y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política pues, ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.”*

Como desarrollo de lo establecido en la Ley 100 de 1993, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el Acuerdo 260 de 2004, en el que se definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De esta manera, se estableció: (i) las clases de pagos moderadores, (ii) la manera cómo estos se fijan, (iii) el objeto de su recaudo y (iv) las excepciones a su pago.

En relación con las clases de pagos, el artículo 3° estableció la diferencia entre las *cuotas moderadoras* y los *copagos*, al señalar que las primeras, se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los segundos se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.

Sobre el particular, ha dicho esta Corporación que el citado acuerdo, por un lado, con el establecimiento de las cuotas moderadoras, atiende el propósito de racionalizar el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los afiliados y sus beneficiarios, evitando desgastes innecesarios en la prestación del servicio, y, por otro, con los copagos aplicables a los beneficiarios, pretende que una vez se haya ordenado la práctica de algún examen o procedimiento, se realice una contribución, de conformidad con un porcentaje establecido por la autoridad competente, con la finalidad de generar otro aporte al Sistema y proteger su financiación.<sup>27</sup>

Sobre los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, el artículo 5° del citado Acuerdo establece los principios que deben respetarse para la aplicación de los mismos, los cuales son:

*“1. Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.*

*2. Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad. En todo caso, las entidades deberán publicar su sistema de cuotas moderadoras y copagos anualmente en un diario de amplia circulación.*

*3. Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.*

---

<sup>26</sup> “Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, sentencia C-265 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Sala octava de Revisión, sentencia T-639 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz”.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-584 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), reiterada en la Sentencia T-148 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

4. *No simultaneidad. En ningún caso podrán aplicarse simultáneamente para un mismo servicio copagos y cuotas moderadoras.*”<sup>28</sup>

Por su parte, el artículo 4º dispone que las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Específicamente en relación con los copagos, que son los que tienen relevancia en el presente caso, el acuerdo, en su artículo 9º, establece que el valor por año calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con los parámetros que, para cada evento, se fijan en la misma disposición.<sup>29</sup>

Ahora bien, en el caso específico de los copagos, el precitado Acuerdo 260 de 2004 señala la siguiente lista de servicios excluidos:

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

1. *Servicios de promoción y prevención.*
2. *Programas de control en atención materno infantil.*
3. *Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles.*
4. *Enfermedades catastróficas o de alto costo.*
5. *La atención inicial de urgencias.*
6. *Los servicios enunciados en el artículo precedente*”.<sup>30</sup> (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con la anterior lista, está claro que las enfermedades catastróficas o de alto costo constituyen una excepción a la aplicación del sistema de copagos. En este orden, se tiene que la Resolución 3974 de 2009,<sup>31</sup> establece una lista de las enfermedades consideradas como de alto costo.<sup>32</sup> A su vez el Acuerdo 029 de 2011<sup>33</sup> y la Resolución 5521 de 2013<sup>34</sup>, aunque no incluyen una definición o un criterio determinante para establecer las

<sup>28</sup> Acuerdo 260 de 2004, artículo 5º.

<sup>29</sup> Acuerdo 260 de 2004, artículo 9º: “Monto de copagos por afiliado beneficiario. El valor por año calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de la siguiente manera: // 1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes el 11.5% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que el cobro por un mismo evento exceda del 28.7% del salario mínimo legal mensual vigente. // 2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 17.3% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que exceda del 115% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por un mismo evento. // 3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 23% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que por un mismo evento exceda del 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. // Parágrafo. Para efectos del presente acuerdo se entiende por la atención de un mismo evento el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario”.

<sup>30</sup> Acuerdo 260 de 2004, artículo 7.

<sup>31</sup> “Por la cual se adoptan unas determinaciones en relación con la Cuenta de Alto Costo”.

<sup>32</sup> Resolución 3974 de 2009 “Artículo 1º. Enfermedades de Alto Costo. Para los efectos del artículo 1º 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 linfóide 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)”.

<sup>33</sup> “Por medio del cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”.

<sup>34</sup> “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”

enfermedades de alto costo, sí presentan un listado taxativo referente a los procedimientos considerados como tales.<sup>35</sup>

Es importante tener en cuenta que la Ley 1438 de 2011<sup>36</sup> señala como deberes del Gobierno Nacional 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”<sup>37</sup>; 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”<sup>38</sup>, con el objeto de complementarlas.

En este orden, esta Corporación ha resaltado que la definición y alcance de las enfermedades de alto costo no es un asunto completamente resuelto dentro de la normatividad nacional, en la medida en que si bien existe reglamentación que hace referencia a algunas de estas enfermedades, dicha enumeración no puede considerarse taxativa y cerrada en atención a que su clasificación se encuentra supeditada a la vocación de actualización impresa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.<sup>39</sup>

Por ejemplo, teniendo en cuenta el caso ahora estudiado, se observa que las enfermedades huérfanas también se consideran enfermedades de alto costo y, en ese orden, se encuentran incluidas en la cuenta encargada de administrar los recursos de las enfermedades catalogadas como de Alto Costo. Así se concluye de lo estipulado en el artículo 4 del Decreto 1954 de 2012 “Por el cual se dictan disposiciones para implementar el sistema de información de pacientes con enfermedades huérfanas”, el cual establece un reporte inicial y por única vez de los datos del censo de pacientes con enfermedades huérfanas a la Cuenta de Alto Costo. Esta cuenta fue creada mediante el Decreto 2699 de 2007<sup>40</sup>, siendo el organismo encargado de administrar financieramente los recursos que las Entidades Promotoras de Salud, de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás Entidades obligadas a compensar (EOG), destinen para el cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas, denominadas de alto costo.<sup>41</sup> Recientemente, el Decreto 1370 de 2016 amplió el porcentaje que las EPS y las EOC deben destinar para la operación, administración y auditoría de la Cuenta de Alto Costo.

Por su parte, la Resolución 2048 de 2015,<sup>42</sup> realiza una lista de las enfermedades consideradas como huérfanas y les asigna un número con el cual se identifican.

---

<sup>35</sup> Acuerdo 029 de 2011, artículo 45 “Alto costo. Para efectos de las cuotas moderadoras y copagos, los eventos y servicios de alto costo incluidos en el Plan Obligatorio de Salud corresponden a: 1. Trasplante renal, de corazón, de hígado, de médula ósea y de 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 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.

<sup>36</sup> “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

<sup>37</sup> Ley 1438 de 2011, artículo 25.

<sup>38</sup> Ley 1438 de 2011, artículo 2°.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-612 de 2014 y T-676 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>40</sup> “Por el cual se establecen algunas normas relacionadas con el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

<sup>41</sup> Decreto 2699 de 2007, artículo 1°.

<sup>42</sup> “Por la cual se actualiza el listado de enfermedades huérfanas y se define el número con el cual se identifica cada una de ellas en el sistema de información de pacientes con enfermedades huérfanas.”

En corolario, se tiene que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo, en las que se incluye las enfermedades denominadas huérfanas, adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado.

## **5. El cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud**

El servicio de transporte, aunque no es calificado como una prestación médica en sí, tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional lo han considerado como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir el tratamiento médico establecido, se impide la materialización del mencionado derecho fundamental.<sup>43</sup>

La Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud, “*por medio de la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud*”, establece en su artículo 124 que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre de los pacientes, en los siguientes casos: (i) cuando se presenten patologías de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles, (ii) entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora, y (iii) el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

En este orden de ideas, en principio, solo en los eventos descritos el servicio de transporte debe ser cubierto por las EPS, por lo que en cualquier otra circunstancia, los costos que se generen como consecuencia de los desplazamientos deben ser asumidos directamente por el paciente o por su núcleo familiar.

No obstante lo anterior, tal como se dijo en precedencia, esta Corte ha sostenido que el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna y eficiente, libre de barreras u obstáculos de acceso, por lo tanto, si se presentan inconvenientes con la movilización del paciente, y esto se convierte en una traba para acceder a los servicios de salud, dicha barrera debe ser eliminada siempre que el afectado o su familia no cuenten con los recursos económicos para sufragar el gasto que implica el transporte, correspondiéndole entonces a la EPS asumir dicho servicio, en la medida en que, de no hacerlo, se pueden generar graves perjuicios en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud.

En estos eventos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que le corresponde al juez de tutela analizar en cada caso concreto el cumplimiento de dos requisitos, a saber: “*(...) que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario*”<sup>44</sup>.

En lo que respecta a la capacidad económica del afiliado, esta Corporación ha indicado que cuando éste afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios

---

<sup>43</sup> Al respecto, ver entre otras, las Sentencias T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-352 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-148 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>44</sup> Sobre el particular, se puede consultar entre otras, las Sentencias T-1079 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra Sentencia), T-900 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-197 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-039 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-154 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-148 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, se invierte la carga de la prueba y por tanto, le corresponde a la EPS entrar a desvirtuar tal situación.<sup>45</sup>

Además, hay casos en los que el paciente necesita de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como es el caso de las personas de avanzada edad, de los niños y niñas, o que el tratamiento requerido causa un gran impacto en la condición de salud de la persona. En estos eventos, si se comprueba que *“el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”*,<sup>46</sup> la obligación de cubrir el servicio por parte de la EPS, también comprende la financiación del traslado de un acompañante.<sup>47</sup>

Así las cosas, si bien el ordenamiento jurídico prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el Plan Obligatorio de Salud, existen otros eventos en los que, pese a encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona. Por lo anterior, el juez de tutela debe analizar la situación particular de cada caso concreto, a fin de evidenciar si ante la carencia de recursos económicos tanto del afectado como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, es obligatorio para la EPS cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de evitar imponer barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud.

Conforme con lo dicho, pasa esta Sala de Revisión a resolver el caso concreto.

## **6. Caso concreto**

### **6.1. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela**

#### *6.1.1. Legitimación por activa*

La presente acción de tutela es presentada por la señora Lina María Marín Álvarez, quien actúa en defensa de los derechos de su hijo menor de edad. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que existen diferentes formas para que se configure la legitimación por activa a saber: *“ a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial; b) cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso ”*.<sup>48</sup> (Subrayado fuera de texto original).

Por lo anterior, la señora Lina María Marín se encuentra legitimada para presentar el amparo constitucional.

---

<sup>45</sup> Al respecto, ver entre otras las Sentencias T-1019 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-906 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-861 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-699 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-447 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-279 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-113 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería), T-048-12 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y T-148 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>46</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-350 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), reiterada en la Sentencia T-154 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y 148 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>47</sup> Al respecto, ver entre otras las Sentencias T-962 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-459 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-233 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-033 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), y T-154 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>48</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-950 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería), reiterada en las Sentencias T-044 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-541A de 2014 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado)

### 6.1.2. *Legitimación por pasiva*

La EPS SURA se encuentra legitimada como parte pasiva en la presente acción, en la medida en que se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

### 6.1.3. *Inmediatez*

En cuanto al requisito de inmediatez, la Sala observa que se encuentra acreditado, toda vez que la situación de salud del menor persiste, por lo que el tratamiento y los insumos solicitados por su madre son requeridos en la actualidad, y debido a su corta edad (1 año) su suministro se extiende en el tiempo mientras se obtenga un diagnóstico de recuperación.

### 6.1.4. *Subsidiariedad*

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, “*sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

Tal como se desarrolló en la parte motiva de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de Ley 1751 de 2015, reconoce el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, por lo que es sujeto de protección directa por vía de acción de tutela en el evento en que se considere vulnerado o amenazado.

Adicionalmente, en el presente asunto se encuentra comprometido el derecho fundamental a la salud de un menor de edad, quien es un sujeto de especial protección, al que se le debe prestar de manera prioritaria el servicio de salud.

De acuerdo con los hechos de la acción de tutela, el menor padece actualmente de *herniorrafia inguinal bilateral, displasia de rodilla y cadera, pie equino varo bilateral y vejiga neurogénica*, enfermedades que requieren de una atención permanente y continua, lo que hace que el niño esté sometido a distintos procedimientos y tratamientos, así como a frecuentes controles médicos pediatras. Lo anterior, le exige al juez de tutela, definir con prontitud la controversia planteada a efectos de garantizar la continuidad en la prestación del servicio para tratar las patologías antes descritas.

## **6.2. Presentación del caso**

La señora Lina María Marín Álvarez interpuso acción de tutela en nombre de su hijo de un año de edad, contra la EPS SURA, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física, al negar la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, el servicio de transporte y el suministro de insumos requeridos para el tratamiento integral de las diversas patologías que presenta como consecuencia del padecimiento de una enfermedad catalogada como huérfana.

La EPS SURA argumentó que siempre ha brindado de manera oportuna todos los servicios que se encuentran contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud. Frente a la solicitud de insumos como pañales y pañitos húmedos, así como el servicio de transporte, resaltó que los mismos no están incluidos dentro del POS, motivo por el cual no han sido brindados. En relación con la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras no emitió ningún pronunciamiento.

Por su parte, el juez de instancia consideró la improcedencia de la acción de tutela, al no percibir la vulneración o amenaza de algún derecho fundamental. En este sentido, precisó que la EPS accionada ha brindado todo el tratamiento requerido por el menor agenciado.

Destacó que no existe orden médica que prescriba la leche ENFAMIL y los insumos solicitados. Sobre el servicio de transporte, afirmó que el cubrimiento del mismo no trasgrede la economía familiar, puesto que los padres del menor hacen parte del régimen contributivo, de lo que se infiere pueden asumir dicho costo. Finalmente, señaló que la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras es improcedente, teniendo en cuenta que para la fecha de resolución de la acción de tutela, ya se había llegado al tope máximo de cobro, por lo que no se estaban efectuando.

6.2.1. Dentro de las pretensiones planteadas por la señora Lina María Marín se encuentra la exoneración de copagos durante el tratamiento de su hijo, de un año de edad, que presenta diversas patologías tales como *herniorrafia inguinal bilateral, displasia de rodilla y cadera, pie equino varo bilateral y vejiga neurogénica*.

Para abordar el presente asunto, inicialmente la Sala determinará si la enfermedad padecida por el menor se adecúa a los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia para conceder la exoneración de copagos o cuotas moderadoras, y así verificar si la EPS SURA ha actuado de manera adecuada durante la prestación del servicio de salud.

Teniendo en cuenta la historia clínica aportada al expediente, se observa que el hijo de la accionante fue diagnosticado durante su gestación de *Espina Bífida Lumbar*, lo que para los médicos conlleva a unos efectos secundarios tales como “*defecto en el funcionamiento de esfínteres, limitación completa en la motilidad (sic) de las extremidades y la necesidad de derivación ventrículo-peritoneal temprana*”<sup>49</sup>. Esta circunstancia condujo a la necesidad de realizar una cirugía al feto, para conseguir una reparación a nivel intrauterino y disminuir así las posibilidades de la ocurrencia de los efectos secundarios descritos.

Encuentra la Sala que la enfermedad *Espina Bífida* hace parte de la lista de enfermedades huérfanas contenida en la Resolución 2048 de 2015, designada con el número 1154, por lo tanto, en atención a lo dicho en la parte motiva de esta providencia, es considerada como una enfermedad de alto costo.

Así, en virtud de lo previsto en el artículo 7º del Acuerdo 260 de 2004, los pacientes que presenten una enfermedad catastrófica o de alto costo están exentos tanto de copagos como de la cancelación de cuotas moderadoras durante su tratamiento. Adicionalmente, de la historia clínica se desprende que el menor padece de unas patologías específicas (*vejiga neuropática, talipes equinovarus, y cadera luxada*)<sup>50</sup>, las cuales requieren seguir un plan rutinario de actividades de control, motivo por el cual también opera la excepción contemplada en el parágrafo 2º del artículo 6º del Acuerdo 260 de 2004, que indica lo siguiente:

*“Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios”.*

Por lo expuesto, se concluye que en este caso el amparo invocado por la señora Lina María Marín Álvarez contra la EPS SURA, en relación a la exoneración de la cancelación de copagos y cuotas moderadoras, resulta procedente, pues de acuerdo a la normatividad legal vigente, la *Espina Bífida* es considerada una enfermedad catastrófica o de alto costo, por lo que debe exonerarse de todo copago o cuota moderadora que se requiera para su tratamiento integral.

---

<sup>49</sup> Folio 6 del cuaderno principal de tutela.

<sup>50</sup> Folio 24 del cuaderno principal de tutela.

En consecuencia, se ordenará a la entidad demandada EPS SURA que, de manera inmediata a la notificación del presente fallo, asuma prestar los servicios de salud que en adelante requiera el menor hijo de la señora Lina María Marín Álvarez para enfrentar las enfermedades que padece, sin que le sean exigidos copagos por la atención médica que le sea brindada, necesaria para garantizar sus derechos a la vida digna y a la salud.

6.2.2. Una vez resuelto lo anterior, procederá la Sala a establecer si en el presente caso hay lugar a conceder la pretensión de ordenar a la EPS SURA sufragar todos los costos de transporte para que el menor pueda asistir a los diferentes tratamientos, práctica de exámenes y citas médicas de control, requeridas en atención a sus patologías.

Sobre este punto, la Sala considera pertinente reiterar que el Plan Obligatorio de Salud establece ciertos casos específicos en los que dicho servicio debe prestarse a cargo de la EPS y que, en principio, un caso que no se enmarque dentro de dichos supuestos conlleva a que la prestación deba ser asumida directamente por el paciente o su núcleo familiar.

No obstante, según lo visto en párrafos anteriores, no es de recibo interponer obstáculos que impidan el acceso a los servicios de salud y, por consiguiente, la materialización de este derecho fundamental. Por lo tanto, a una persona que no cuente con los recursos económicos para sufragar dicho traslado se le debe autorizar la prestación, independientemente de que se adecúe a los casos planteados por el POS, siendo la EPS la llamada a correr con los gastos derivados, tanto del paciente y, de requerirlo, de su acompañante, si el médico tratante así lo prescribe o el juez de tutela evidencia su necesidad.

En el caso ahora estudiado, la madre del menor manifiesta que su condición económica no es suficiente para cubrir los gastos de transporte, el tratamiento médico de su hijo y además suplir sus otras necesidades básicas como el pago de arriendo, servicios y alimentación. Al respecto, sostiene que los ingresos que percibe junto con los de su esposo ascienden a la suma de un millón ciento setenta mil pesos (\$1.170.000), lo cual no es suficiente para suplir todos los gastos familiares.

En estos eventos, ante la manifestación de la accionante de que su situación económica no es suficiente para asumir todos los costos que acarrea el tratamiento de su hijo y los gastos básicos familiares, tal como se expuso en la parte considerativa de esta providencia, la carga de la prueba se invierte, lo que implica que la EPS es quien debe demostrar que en efecto el paciente o su núcleo familiar tienen la capacidad económica para solventar dichos gastos. Sobre este aspecto, la entidad accionada no realizó ninguna consideración tendiente a controvertir lo expresado por la accionante.

Por lo anterior, esta Sala de Revisión aplicará el principio de la buena fe en relación con la incapacidad económica del núcleo familiar del menor representado para sumir su traslado, con el objetivo de recibir el tratamiento adecuado para las enfermedades que padece.

Ahora, observa la Sala que es evidente que los traslados del paciente requieren de acompañamiento, pues al tratarse de un niño de un año de edad, se concluye que es totalmente dependiente de un tercero para todos sus desplazamientos.

Así las cosas, la Sala procederá a ordenar a la EPS SURA que, siempre que haya lugar a su desplazamiento, autorice el traslado o viáticos correspondientes del menor y de su acompañante, desde su lugar de residencia hasta el lugar en el que deba acceder al tratamiento, exámenes y citas médicas.

6.2.3. Finalmente, frente a la solicitud del suministro de insumos tales como, pañales, pañitos húmedos y crema antipañalitis, así como de leche ENFAMIL, considera esta Sala de Revisión que lo requerido hace parte del desarrollo normal de todo niño en sus primeros

años de vida, siendo elementos esenciales que todos los menores necesitan para su adecuado desarrollo y alimentación, sin importar que presenten alguna patología específica.

De esta manera, se destaca que en el expediente no existe prueba que demuestre que el uso de los mismos haya sido prescrito por algún especialista de la salud, en atención a las enfermedades del menor. Por tanto, ante la ausencia de justificación que permita inferir la necesidad excepcional de cubrir en el presente caso dichos insumos, considera la Sala que no es procedente mediante el amparo de tutela ordenar la entrega de los mismos, pues, se reitera, es un gasto connatural que deben asumir todos los padres frente a sus hijos.

Lo anterior, no obsta para que, si transcurrido el tiempo biológica y médicamente normal, y el menor representado, como consecuencia de alguna patología, requiera extender en el tiempo el uso de estos insumos, sus padres puedan solicitar ante la EPS el suministro de los mismos, como parte del tratamiento integral requerido.

6.2.4. Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que la EPS demandada vulneró los derechos fundamentales del menor agenciado, pues al no autorizar el transporte y efectuar el cobro de copagos y cuotas moderadoras, afectó los elementos del derecho fundamental a la Salud referentes a la *disponibilidad*, por cuando se abstuvo de ofrecer lo necesario para alcanzar el máximo nivel de salud posible requerido por el menor; y a la *accesibilidad*, ya que la ausencia de capacidad económica de la accionante y de su núcleo familiar implica un obstáculo para acceder al tratamiento de su hijo.

Igualmente, se afectó el principio de *prevalencia de derechos* de un sujeto de especial protección constitucional, así como el principio de *integralidad*, al no brindar todo lo requerido con necesidad por el menor para superar una condición en la cual no alcanza el máximo nivel de salud posible.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabaneta, Antioquia y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física del menor hijo de la señora Lina María Marín Álvarez. En consecuencia, ordenará a la EPS SURA que de manera inmediata a la notificación del presente fallo, asuma prestar los servicios de salud que en adelante requiera el menor para enfrentar las enfermedades que padece, sin que le sean exigidos copagos o cuotas moderadoras por la atención médica que le sea brindada. Igualmente, ordenará a la EPS SURA que, siempre que haya lugar a su desplazamiento, autorice el traslado o viáticos correspondientes del menor y de su acompañante, desde su lugar de residencia hasta el lugar en el que deba acceder al tratamiento, exámenes y citas médicas.

### **III. DECISIÓN**

Una Entidad Promotora de Salud vulnera los derechos fundamentales de un menor de edad, sujeto de especial protección, que presenta diversas patologías como consecuencia de una enfermedad de alto costo que padece, al desconocer la normativa vigente y la jurisprudencia constitucional que contempla la exoneración de copagos y cuotas moderadoras a los pacientes con enfermedades de alto costo, así como al negar el servicio de transporte requerido para asistir al tratamiento del menor, pese a la manifestación de su núcleo familiar de no contar con los recursos económicos necesarios para asumir dicho costo, obstaculizando con ello el acceso efectivo al servicio de salud.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE**

**PRIMERO.- REVOCAR**, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de tutela proferida el dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sabaneta, Antioquia. En su lugar, **CONCEDER PARCIALMENTE** el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física del menor hijo de la señora Lina María Marín Álvarez.

**SEGUNDO.- ORDENAR** a la EPS SURA que, de manera inmediata a la notificación del presente fallo, asuma prestar los servicios de salud que en adelante requiera el menor para enfrentar las enfermedades que padece, sin que le sean exigidos copagos o cuotas moderadoras por la atención médica que le sea brindada.

**TERCERO.- ORDENAR** a la EPS SURA que, siempre que haya lugar a su desplazamiento, autorice el traslado o viáticos correspondientes del menor y de su acompañante, desde su lugar de residencia hasta el lugar en el que deba acceder al tratamiento, exámenes y citas médicas.

**CUARTO.- LIBRAR** las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de primera instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER  
Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS  
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA  
Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN  
Secretaria General (e)