

Sentencia T-248/15

Referencia: Expediente T-4656005

Acción de tutela presentada por Mauricio Enrique de Castro Mazzillo actuando como agente oficioso de Peter Emil Brand Kaspar, contra Salud Total EPS

Magistrada Ponente: **MARÍA VICTORIA CALLE CORREA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil quince (2015)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Barranquilla, el veinticuatro (24) de junio de dos mil catorce (2014), y en segunda instancia, por el Juzgado Segundo del Circuito de Barranquilla adscrito al SRPA-CFC, el treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014), en el proceso de tutela de Mauricio Enrique de Castro Mazzillo actuando como agente oficioso de Peter Brand Kaspar, contra Salud Total EPS.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Doce, mediante auto del dieciocho (18) de diciembre de dos mil catorce (2014).

I. ANTECEDENTES

El señor Peter Emil Brand Kaspar presentó acción de tutela contra Salud Total EPS, por la presunta vulneración de su

derecho fundamental al mínimo vital. Explicó que la EPS le negó el reconocimiento de las incapacidades médicas de un periodo superior a 180 días, expedidas en razón del diagnóstico *tumor maligno de paladar E III* de carácter terminal. La decisión de la entidad se fundamenta en dos razones: (i) que el usuario se encuentra en mora con el pago de tres citas de control con el nutricionista, y (ii) que al superar el periodo de 180 días, las incapacidades deben ser cubiertas por el fondo de pensiones al cual el tutelante se encuentra afiliado.

La Sala debe advertir que con posterioridad a la interposición de la acción de tutela (junio 6 de 2014), y antes de que el proceso fuera seleccionado para revisión por la Sala Número Doce, mediante auto 18 de diciembre de 2014, el señor Peter Emil Brand Kaspar falleció. El hecho ocurrió el 5 de agosto de 2014, de acuerdo con su registro civil de

defunción.¹ Sin embargo, pese a que frente a la situación puesta en conocimiento se declarará la carencia actual de objeto por la muerte del interesado, esto no obsta para que la Sala se pronuncie sobre la afectación de sus derechos fundamentales y resuelva de fondo el problema jurídico planteado, lo cual incluye establecer los remedios constitucionales que se hubieran adoptado en un escenario diferente. De la misma forma, la Sala mantiene la competencia para pronunciarse sobre el derecho de los usuarios del Sistema de Salud que padecen enfermedades terminales a acceder a las incapacidades laborales y a que se les califique su pérdida de capacidad laboral cuando los requisitos estén dados para ello, en un tiempo razonable en atención a su expectativa de vida.

Enseguida la Sala pasa a narrar los hechos del caso concreto, la respuesta de la EPS accionada y las decisiones que se revisan.

1. Hechos

1.1. El señor Peter Emil Brand (58 años de edad) se encuentra afiliado a Salud Total EPS en calidad de cotizante independiente. En el mes de abril de 2014 solicitó a la entidad que le pagara 8 incapacidades por enfermedad

general dado el diagnóstico *tumor maligno de paladar E III terminal*, generadas entre el 24 de agosto de 2013 al 30 de marzo de 2014.² La EPS le respondió que no podía reconocerle la prestación económica solicitada porque el actor registra mora en el pago de tres citas programadas con el especialista en nutrición, a las cuales no asistió.

1.2. El 15 de abril de 2014 el accionante envió una comunicación a la entidad explicando las razones por las cuales no asistió a las citas médicas, en la que señaló: “*soy una persona que en este momento me encuentro enferma y no puedo laborar por mi condición física. Yo he seguido las recomendaciones hechas por la nutricionistas al pie de la letra, pero no pude asistir a las citas*

¹ Folio 20 del cuaderno principal. En adelante cuando se cite un folio, se entenderá que hace parte del cuaderno principal.

² 7 incapacidades se reconocieron por periodos de 30 días y 1 por periodo de 9 días: del 24 de agosto de 2013 al 22 de septiembre de 2013; del 23 de septiembre de 2013 al 22 de octubre de 2013; del 23 de octubre de 2013 al 31 de octubre de 2013; del 1 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre de 2013; del 1 de diciembre de 2013 al 30 de diciembre de 2013; del 31 de diciembre de 2013 al 29 de enero de 2014; del 30 de enero de 2014 al 28 de febrero del 2014; y, del 1 de marzo de 2014 al 30 de marzo de 2014), reconocidas todas sobre un ingreso base de liquidación de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos (586.500). Folios 6 a 9.

porque la misma condición física no me permite salir solo. Yo no cuento en muchas ocasiones con una compañía para eso.”

1.3. El 23 de abril de 2014 la EPS envió al actor una carta advirtiéndole que en todo caso la entidad solo está obligada a reconocer las incapacidades hasta 180 días, porque las que se generen con posterioridad a ese periodo deben ser asumidas por el fondo de pensiones al cual el peticionario se encuentra afiliado. Igualmente, le pidió que solicite a su fondo de pensiones realizarle una calificación de pérdida de capacidad laboral, para lo cual es indispensable que presente copia de su historia clínica. Asimismo el 28 de marzo de 2014 Salud Total EPS envió comunicación al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir certificando que el señor Peter Emil se encuentra afiliado a la entidad y que presenta una patología de pronóstico no favorable por *tumor maligno de*

paladar terminal, a fin de que el fondo inicie los trámites para calificar su porcentaje de pérdida de capacidad laboral.³

1.4. El señor Peter Emil manifestó que no tiene recursos económicos para suplir sus necesidades básicas, y que no puede trabajar por su delicado estado de salud. Por lo tanto, solicitó al juez de tutela que proteja su derecho fundamental al mínimo vital y le ordene a Salud Total que le pague las incapacidades comprendidas entre el 24 de agosto de 2013 y el 30 de marzo de 2014.

2. Respuesta de Salud Total EPS

2.1. La administradora suplente de Salud Total EPS contestó la acción de tutela solicitando que se niegue la pretensión de amparo elevada por el señor Brand. Explicó que no están establecidos en el proceso los medios probatorios necesarios que conduzcan al despacho a concluir que el dinero de las incapacidades que presuntamente le adeuda la entidad al actor, es su fuente principal de ingresos y que no recibirlo afectaría gravemente su derecho fundamental al mínimo vital.

2.2. Explicó que las incapacidades no han sido reconocidas por la entidad comoquiera que al momento de generarse, se registró mora en el pago del costo de tres citas con especialistas en nutrición a las cuales el accionante no asistió. Que con base en los principios del sistema General de Seguridad Social en Salud, los usuarios deben hacer un uso racional y adecuado de los recursos de la salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración, razón por la cual es deber del interesado ponerse al día con lo adeudado.

En relación con lo anterior especificó que el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011 prohíbe el cobro de multas por inasistencia a citas médicas. No obstante, los parágrafos de los artículos 5º y 97 de la Resolución 5261 de 1994 disponen

³ La comunicación fue suscrita por Grushenka Pabón Rodríguez, médico laboral de

que el incumplimiento injustificado a las citas médicas o a la realización de exámenes y procedimientos, obliga al usuario del Sistema de Salud a cancelar el valor correspondiente del servicio. Que no se trata entonces de una sanción o una multa, si no del cobro del valor del servicio al que el interesado en principio iba a acceder, y que sin razón justificada desatendió, y que se cobra con la finalidad de que los usuarios hagan buen uso de los servicios que ofrece el Sistema, atendiendo oportunamente a las citas programadas.

3. Decisiones que se revisan

3.1. En fallo de primera instancia del 24 de junio de 2014, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Barranquilla, tuteló los derechos fundamentales del accionante a la dignidad, a la salud, y al mínimo vital. Sobre el cobro del valor de las citas programadas, sostuvo el despacho: *“resulta irrazonable y desproporcionado lo manifestado por la EPS Salud Total cuando manifiesta que no se genera reconocimiento económico, ya que al momento de las incapacidades presenta multa por inasistencia a consulta, cuando cae en una palpable contradicción al mencionar la Ley 1438 de 2011, artículo 55, el cual en resumidas señala que queda prohibido el cobro de cualquier tipo de multas a los cotizantes y beneficiarios de los regímenes contributivo y subsidiario, en lo establecido para citas médicas programadas”*.

Y continuó de este modo: *“mal podría el despacho tener esta apreciación en cuenta, cuando nos encontramos frente a derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, que se encuentran muy por encima de un asunto simplemente de reconocimiento económico, más aun encontrándonos ante una enfermedad catastrófica y en la que se ve afectado el actor en derechos a la dignidad humana, salud y mínimo vital que son indudablemente objeto de amparo constitucional”*.

Dadas las anteriores consideraciones el juzgado ordenó a

Salud Total EPS pagar al actor las incapacidades acreditadas en el expediente.

3.2. Salud Total EPS impugnó el fallo. Solicitó se negaran las pretensiones del accionante con base en los argumentos ya expuestos en la contestación a la acción.

3.3. En providencia de segunda instancia del 31 de julio de 2014, el Juzgado Segundo del Circuito Barranquilla adscrito al SRPA-CFC, revocó el fallo impugnado y aclaró que el accionante debe acudir a la Superintendencia de Salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades debidas. Como sustento de la decisión explicó: *“se tiene que la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1438 de 2011, adjudica la competencia para conocer de casos (como el que nos ocupa); en donde la pasiva no ha demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, corresponde conocerlo (por acatamiento de la función jurisdiccional) a la Superintendencia Nacional de Salud, norma que desarrolla y establece que es esa entidad de control y vigilancia a quien corresponde conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador, mediante un procedimiento preferente y sumario (...)”*.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

El accionante considera que Salud Total EPS vulneró su derecho fundamental al mínimo vital por negarle el pago de las incapacidades expedidas entre el 24 de agosto de 2013 al 30 de marzo de 2014, a propósito de que sufre *tumor*

maligno de paladar E III. La entidad informó que la negativa tiene como fundamento que el accionante no ha pagado el valor de 3 citas con el nutricionista. Y agregó que corresponde al Fondo de Pensiones al que se encuentra afiliado el tutelante, pagarle las incapacidades que surgieron con posterioridad al periodo de 180 días.

Con base en los antecedentes descritos, la Sala de Revisión considera que en esta oportunidad debe resolver dos problemas jurídicos:

Primero, ¿vulnera una EPS (Salud Total EPS) los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital de un usuario gravemente enfermo (Peter Emil Brand Kaspar) por negarle el pago de las incapacidades hasta por un periodo de 180 días, surgidas con motivo del diagnóstico *tumor maligno de paladar E III*, aduciendo que el interesado le adeuda a la entidad el costo de tres citas médicas con el especialista en nutrición, a las cuales no asistió, pero que en todo caso debe cancelar conforme los artículos 5º y 97 de la Resolución 5261 de 1994?, y,

Segundo, ¿desconoce una entidad administradora de pensiones (Fondo de Pensiones y Cesantía Porvenir) el derecho fundamental a la mínimo vital de un usuario que padece una enfermedad terminal (Peter Emil Brand Kaspar), al no pagarle las incapacidades superiores a los 180 días, y no iniciar el trámite de calificación de su pérdida de capacidad laboral inmediatamente tuvo conocimiento de su delicado estado de salud, y con base en el dictamen correspondiente establecer si tiene derecho a la pensión de invalidez?

Para efectos de resolver el asunto planteado, la Sala de Revisión se referirá a la procedencia de la acción de tutela para proteger del derecho fundamental al mínimo vital del accionante, dadas sus especiales circunstancias de vulnerabilidad por su delicado estado de salud y su precaria situación económica. Luego dirá que la regulación legal vigente (Ley 1438 de 2011

“por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en

Salud y se dictan otras disposiciones”) prohíbe el cobro de multas o sanciones a los usuarios del Sistema de Salud por inasistencia a citas médicas, y que el cobro de las mismas en desconocimiento de la normatividad correspondiente se constituye en afectación del derecho fundamental al debido proceso de tales usuarios. Posteriormente se referirá a la regulación y la jurisprudencia constitucional en materia de pago de incapacidades expedidas a propósito de una enfermedad de origen común, para precisar cómo procede el reconocimiento de incapacidades superiores a 180 días. Y finalmente, se abordará el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

3.1. El Juzgado Segundo del Circuito Barranquilla adscrito al SRPA-CFC revocó la providencia del Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Barranquilla, en la que se habían amparado los derechos fundamentales del accionante. Consideró que la acción de tutela de la referencia es improcedente dado que el peticionario no demostró que acudía a esta vía para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y por lo tanto, no es posible que la tutela desplace los mecanismos idóneos para solicitar el pago de sus incapacidades.

A juicio del despacho el mecanismo para tramitar la petición está contenido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 *“por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 *“por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, que otorga a la Superintendencia de Salud competencia para *“conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez”* sobre diversos asunto entre los que se señalan *“el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”*.

3.2. La Sala de Revisión no comparte la decisión adoptada por el juzgado, por dos razones:

(i) hubo insuficiente valoración de la situación personal del accionante a fin de establecer que se trata de una persona que acude a la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable. Del expediente se desprende que se trata de una persona (1) que padece un tumor maligno terminal, (2) que ha sido incapacitada por un tiempo superior a 180 días,⁴ (3) quien afirmó que el pago

⁴ Como se advirtió en los hechos de la acción, al actor se le reconocieron 7 incapacidades por periodos de 30 días y una por un periodo de 9 días (del 24 de agosto de 2013 al 22 de septiembre de 2013; del 23 de septiembre de 2013 al 22 de octubre de 2013; del 23 de octubre de 2013 al 31 de octubre de 2013; del 1 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre de 2013; del 1 de diciembre de 2013 al 30 de diciembre de 2013; del 31 de diciembre de 2013 al 29 de enero de 2014; del 30 de enero de 2014 al 28 de febrero del 2014; y, del 1

de las incapacidades hace las veces del ingreso laboral como trabajador independiente, que dejó de recibir porque no pudo continuar en su oficio como trabajador independiente, dada su delicada situación de salud. De forma adicional (4) la inasistencia a las citas médicas de nutrición programadas se debió precisamente a que su debilidad no le permite trasladarse solo y que no cuenta con la asistencia permanente de un tercero para realizar sus actividades.⁵ Todas estas razones permiten afirmar que el señor Brand es de aquellas personas que la Constitución ampara especialmente porque reúne no una razón de vulnerabilidad si no varias, siendo su enfermedad terminal un motivo suficiente para que a través de este medio, que es expedito, se adopte una medida de protección urgente que le permita sobrellevar lo que le queda de vida en condiciones dignas.

(ii) la Corporación ha señalado que el mecanismo de solución de controversias contenido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, no desplaza la acción de tutela. La razón principal es que la acción constitucional es el medio judicial eficaz para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución. De manera que si la controversia puesta a consideración de juez de tutela requiere una medida de protección urgente para salvaguardar los derechos fundamentales del interesado, y se ha acreditado si quiera de forma sumaria los hechos

constitutivos de una situación de vulnerabilidad o indefensión, no es admisible declarar la improcedencia de la tutela y exigir al peticionario iniciar un nuevo trámite que dilate la solución sobre su ya difícil situación.

Incluso si la controversia que se estudia en sede de tutela se enlista entre aquellas que la Superintendencia de Salud puede conocer y decidir de fondo,⁶ el juez constitucional, antes de remitirla a esa autoridad, deberá cerciorarse de las condiciones personales, familiares y económicas de quien solicita el amparo, para tener una mejor idea del contexto en que se configura la

de marzo de 2014 al 30 de marzo de 2014). Y fueron se liquidadas sobre un ingreso base de liquidación de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos (586.500) (folios 6 a 9).

5

Así lo afirmó el actor en la comunicación dirigida a la empresa accionada el 31 de marzo de 2014 en la cual explicó la razón por la que no pudo acudir a las citas con el especialista en nutrición (folio 12).

6

Ley 1122 de 2007, artículo 41: “*Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.”*

ocurrencia del perjuicio irremediable; y si se requieren más elementos para soportar las afirmaciones del accionante, debe decretar las pruebas que considere idóneas para alcanzar tal fin. En cualquier caso, cabe recordar que uno de los principios que rigen la acción de tutela es el de presunción de veracidad, contenido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 “*por el cual se reglamenta la acción*

de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, que cobra especial importancia en controversias que involucren la satisfacción del derecho fundamental a la salud, dado que por su misma naturaleza y su estrecha relación con el derecho fundamental a la vida, se requiere actuar con mayor celeridad para ofrecer una protección oportuna y evitar consecuencias adversas sobre el bienestar del afectado.

Aunado a lo anterior, la Corte ha explicado que el procedimiento de solución de controversias contenido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 no ha sido reglamentado. En tanto esta circunstancia se mantenga así, sostuvo, el mecanismo previsto en la norma no es eficaz a la luz del artículo 2º de la Constitución para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes en ella consagrados.

A propósito de esto, en la sentencia T-930 de 2013⁷, en la cual se analizó la procedencia de una tutela para ordenar a una EPS ofrecer al actor transporte intermunicipal de un usuario del Sistema Público de Salud, un servicio que en principio no está contenido en el POS, la Sala Sexta de Revisión afirmó: *“(...) resulta significativo señalar que en sede de revisión esta corporación ha analizado la procedencia de la acción de tutela en casos de acceso efectivo al servicio frente a la existencia del recurso judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud. En esas disertaciones ha constatado que, pese a erigirse como mecanismo alternativo, el instrumento jurídico bajo análisis carece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección del derecho a la salud, particularmente cuando está comprometido gravemente el acceso a los servicios en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad, advirtiendo de las lesivas consecuencias que comporta la competencia preferente otorgada al ente de la rama administrativa.”*

3.3. En resumen, el señor Peter Emil Brand es una persona que por su delicado estado de salud y su indefensión económica y familiar, acude a la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. De otro lado, el procedimiento de solución de controversias ante la

Superintendencia de Salud no es el mecanismo eficaz para que el actor pida el reconocimiento y pago de sus incapacidades, comoquiera que (i) se requiere una medida urgente de protección de sus derechos, la cual compete ofrecerla al juez de tutela, y (ii) la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que mientras el mecanismo sumario de solución de controversias no esté reglamentado, no es eficaz para resolver los asuntos planteados por los usuarios del Sistema de Salud por la

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-930 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Ver también las sentencias T-042 de 2013, T-188 de 2013 y T-193 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-228 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), y T-924 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo).

presunta afectación de su derechos constitucionales, que estén dentro del marco de sus competencias conocer.

3.4. Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala Primera de Revisión considera que la acción de tutela objeto de revisión es procedente, y pasa a resolver el asunto de fondo puesto a su consideración.

4. Salud Total ESP vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital del señor Peter Emil Brand Kaspar por (i) exigirle pagar el valor de tres citas médicas que le fueron programadas con un especialista en nutrición, a las cuales no asistió, y con base en la mora registrada (ii) negarle el reconocimiento y pago de las incapacidades surgidas hasta por un periodo de 180 días

4.1. El artículo 55 de la Ley 1438 de 2011⁸ prohíbe el cobro de sanciones por inasistencia a las citas médica programadas, para los cotizantes y beneficiarios de ambos regímenes en salud, así como para las personas que ostentan la calidad de vinculadas al Sistema. Y en contrario, la regulación dispone que el Ministerio de Protección (hoy de Salud y Protección Social) diseñará un mecanismo pedagógico para que los usuarios asistan a las consultas médicas que solicitan o les son ordenadas por sus médicos tratantes.

En relación con lo anterior, mediante comunicado de prensa del 11 de febrero de 2011 el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud difundieron la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011, e informaron a la ciudadanía y a las entidades que conforman el Sistema de Salud, que serán objeto de drásticas sanciones las EPS, EPSS, entidades territoriales, y prestadores de servicios de salud que incumplan dicha disposición, de acuerdo con lo establecido en los artículos 130.7 y 131 de la misma ley. Luego, reiteraron que el Ministerio “*diseñará un mecanismo para que los cotizantes, beneficiarios y población pobre no asegurada que incumplan con las citas médicas programadas reciban una sanción pedagógica*”; y, finalmente invitaron a los usuarios a acceder con responsabilidad al Sistema Público de Salud, cumpliendo o cancelando de manera oportuna las citas médicas programadas, y denunciando cualquier irregularidad en relación con el cobro de multas o sanciones.

Finalmente, a través de la circular externa No. 003 del 16 de mayo de 2011 la Comisión de Regulación en Salud (CRES) informó a las entidades promotoras de salud que las consultas médicas a las que hace referencia el artículo 55 de la norma, incluye todas las citas programadas, de carácter general o especializado, y sin importar el nivel de complejidad

⁸ Ley 1438 de 2011, artículo 55: “*Multas por inasistencia en las citas médicas. Entrada en vigencia esta ley queda prohibido el cobro de cualquier tipo de multas a los cotizantes y beneficiarios de los regímenes contributivo y subsidiado, así como la población vinculada, en lo establecido para citas médicas programadas, para lo cual el Ministerio de la Protección Social diseñará un mecanismo idóneo para su respectivo cumplimiento, esto es ser sancionado pedagógicamente, mediante método de recursos capacitación que deberán ser diseñados por las Entidades Promotoras de Salud para tal fin.*”

Anteriormente, los artículos 5º y 97 de la Resolución 5261 de 1994 “*por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*” disponían que se podía cobrar el valor correspondiente a consultas, terapias, exámenes diagnósticos o cualquier tipo

de servicios solicitados previamente por el usuario a su EPS, cuando hubiera inasistencia injustificada a la cita programada.⁹ No obstante, Ley 1438 de 2011 dispone en su artículo 145 que deroga todas las disposiciones que le son contrarias.

Con lo hasta aquí dicho se puede afirmar que la regulación vigente prohíbe el cobro de multas o sanciones por inasistencia a citas médicas.

4.2. En el caso que es objeto de estudio Salud Total EPS sostuvo que no cobró al señor Brand el valor de una multa o sanción; que lo que hizo fue cobrarle el valor de las citas médicas con el nutricionista a las cuales el accionante no asistió, con la finalidad de racionalizar el uso de los recursos del Sistema. Es decir que, en principio, la EPS le cobró al actor un pago moderador en cualquiera de sus modalidades *pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles*, dado que son éstos –los pagos moderadores- los que tienen por virtud racionalizar el uso de los recursos del Sistema. Pero la Sala considera que la entidad pretende disfrazar el cobro de una sanción a la inasistencia del accionante a tres citas médicas, desconociendo así la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011.

Los pagos moderadores han sido instituidos por el legislador para que los usuarios del Sistema de Salud contribuyan con el financiamiento directo del servicio al que van a acceder y ayuden a la racionalización de los recursos del Sistema. Si se trata del cobro a un afiliado cotizante, como lo es el señor Brand, dichos pagos se aplican con el objeto exclusivo de racionalizar el uso de los servicios; si se trata de los beneficiarios, los pagos mencionados se destinan, también, a complementar la financiación del Plan Obligatorio de

⁹ Resolución No. 5261 de 1194, artículo 5: “*Consulta médica general o paramédica. Es aquella realizada por un médico general o por personal paramédico y se considera como la puerta de entrada obligatoria del afiliado a los diferentes niveles de complejidad definidos para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Se establece que de acuerdo a las frecuencias nacionales, un usuario consulta normalmente al médico general en promedio dos (2) veces por año; a partir de la tercera consulta se establecerá el cobro de cuotas moderadoras de acuerdo con el reglamento respectivo, salvo cuando se trate de casos de urgencia o para inscritos en programas con guías de atención integral. Las Entidades Promotoras de Salud podrán permitir*

la utilización de medicinas alternativas siempre y cuando estas se encuentren autorizadas para su ejercicio y cuando medie previa solicitud del paciente. PARAGRAFO. El incumplimiento injustificado a consultas, terapias, exámenes diagnósticos o cualquier tipo de servicios que se hayan solicitado previamente obliga al usuario a pagar a la E.P.S. su valor correspondiente.” Artículo 97: “Consulta médica general. Como lo establece la Ley 100 de 1993, el MEDICO GENERAL es la base y el motor de todo el engranaje de salud en el plan que se describe, conjuntamente con el personal paramédico y auxiliar, quienes serán la puerta de entrada al sistema. El contacto del paciente con la E.P.S. será más estrecho, frecuente y regular a través de su MEDICO GENERAL. Será él quien establezca las pautas para la promoción y la prevención. La consulta no debe ser menor de VEINTE (20) minutos. En este nivel de complejidad el paciente y su familia pueden acceder y colaborar más activamente en el mantenimiento, control y recuperación de su salud. PARAGRAFO. El incumplimiento injustificado a las citas médicas, odontológicas o de cualquier tipo; o de otros ser servicios solicitados por parte del paciente, lo obligan a cancelar el valor correspondiente.”

Salud. Así lo dispone el artículo 187 de la Ley 100 de 1993.¹⁰ Y la contribución se causa al momento de acceder a cualquiera de los servicios que ofrecen las entidades de salud.

Dada la naturaleza de los pagos moderadores, como se explicó, (i) que tienen una destinación específica fijada por el legislador y (ii) que se causan cuando el interesado accede efectivamente al servicio de salud, lo que cobra una EPS cuando exige el pago del valor de la cita médica, examen diagnóstico o procedimiento al que el interesado no acudió, es un pago de una naturaleza diferente a la contribución moderadora, y que presume esta Sala, tiene un carácter sancionatorio de la conducta omisiva del usuario. Si se trata del cobro de una cita médica que aquél desatendió, estamos frente a una sanción por inasistencia médica, tal como lo reproducía la norma anterior a la Ley 1438 de 2011. Entonces, considera la Sala que si el usuario del Sistema de Salud no accede al servicio (cita médica, medicamento, procedimiento, examen, etc.) suceden dos cosas, primero, no existe el deber correlativo de contribuir con el financiamiento del Sistema a propósito del servicio que le iba a ser ofrecido; y, segundo, si en todo caso la EPS cobra el valor del servicio que no prestó, el cobro tendría una naturaleza distinta a la de un pago moderador, que no es de origen legal.

Además, como el cobro que efectúa la entidad no es un pago moderador por las razones expuestas, cabría preguntarse cuál es su destinación y sobre la base de qué competencia la

entidad de salud se permite cobrarla, y más aún, cabría preguntarse cómo se integra la suma adeudada a los recursos públicos del Sistema de Salud.

Hasta aquí tenemos que los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud deben asumir contribuciones legales, según su posibilidad real económica que en principio se establece a través del monto del ingreso base de cotización, o si se trata de una persona afiliada al Sistema a través del régimen subsidiado, por virtud de la reglamentación vigente. Este deber encuentra fundamento en el artículo 160 la Ley 100 de 1993,¹¹ y todos los recursos recaudados tienen una destinación específica. Pero resulta irrazonable que a los usuarios se les

¹⁰

Ley 100 de 1993, artículo 187: “*De los Pagos Moderadores. Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la antigüedad de afiliación en el sistema según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía. Parágrafo. Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico o de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.*”

¹¹

Ley 100 de 1993, artículo 160: “*Deberes de los Afiliados y Beneficiarios. Son deberes de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes: (...) 3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar.*”

cobren sumas de dinero (i) que el legislador no ha previsto como recursos del Sistema de Salud; (ii) por servicios que no han recibido; y (iii) que no tiene una destinación específica y pública.

4.3. Aunado a lo anterior, el artículo 29 de la Constitución dispone que el debido proceso se integra por la sujeción de las autoridades al procedimiento previsto por las normas que rigen cada juicio o actuación. También integra ese derecho la

sujeción en cada juicio o actuación de la norma sustantiva vigente (leyes, decretos, regulación, etc.) y su aplicación conforme a la interpretación que de la misma efectúe el órgano competente, u órgano de cierre, autorizado por la norma superior para tal fin. Por tanto, la Sala considera que una EPS vulnera el derecho fundamental al debido proceso de sus usuarios cuando les exige pagar el valor de una cita médica a la cual no asistieron, porque hay una prohibición expresa del legislador de no efectuar dicho cobro.

Y se desprende de lo anterior que una entidad promotora de salud igualmente vulnera garantías superiores cuando bajo el argumento de que el usuario no ha pagado el valor de una cita médica a la que no asistió, niega el acceso a otra prestación que se deriva del Sistema de Salud. En este último evento la amenaza es mayor, dado que se dilata la atención en salud a que tiene derecho el usuario, o el acceso a una prestación necesaria para satisfacer su mínimo vital, como ocurre con el pago de incapacidades, con lo cual se presume que se agravan las circunstancias que determinaron que el interesado acudiera a su EPS en busca de protección.

4.4. En suma, la vulneración de derechos en el contexto descrito se origina en dos vías. Primero, una EPS vulnera el derecho fundamental al debido proceso de un usuario al exigirle el pago de una suma de dinero que no es factible cobrar de conformidad con la regulación legal vigente. Y segundo, una EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital de un usuario, cuando con base en una presunta mora en el pago de una suma de dinero, le niega el acceso a otra prestación derivada del Sistema de Salud.

5. Caso concreto

5.1. Con base en las consideraciones antecedentes, la Sala estima que Salud Total EPS vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor Peter Emil Brand Kaspar por exigirle el pago de tres citas médicas que fueron desatendidas por el peticionario, transgrediendo la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011. De forma subsecuente vulneró su derecho

fundamental al mínimo vital, por no garantizarle el pago de las incapacidades hasta por un periodo de 180 días, a las que tiene derecho, con base en las siguientes consideraciones:

El actor solicitó el pago de 7 incapacidades expedidas por la entidad accionada en los siguientes periodos: del 24 de agosto al 22 de septiembre de 2013; del 23 de septiembre al 22 de octubre de 2013; del 23 de octubre al 31 de octubre de 2013; del 1 de noviembre al 30 de noviembre de 2013; del 1 de diciembre al 30 de diciembre de 2013; del 31 de diciembre de 2013 al 29 de enero de 2014; del 30 de enero al 28 de febrero del 2014; y, del 1 de marzo al 30 de marzo de 2014, liquidadas sobre un ingreso base de liquidación de

quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos¹². En comunicación del 23 de abril de 2014 la entidad le informó que está obligada a pagar las incapacidades hasta 180 días porque las que se generen con posterioridad a dicho periodo deben ser cubiertas por el fondo de pensiones, y hasta cuando se efectúe una valoración de la pérdida de capacidad laboral del interesado.

5.2. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, las incapacidades son una prestación del Sistema de Seguridad Social que tienen por virtud amparar las contingencias surgidas con ocasión de afectaciones a la salud que padecen los trabajadores, dependientes o independientes, pues la suspensión temporal de la labor o actividad lucrativa que desarrolla el afectado, arriesga la posibilidad de que pueda satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas y las de aquellas personas que están a su cargo. En tal sentido, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone: *“para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que*

se expida para el efecto.”

5.3. Las entidades promotoras de salud deben asumir el pago de las incapacidades por accidente o enfermedad de origen común, hasta por un término de 180 días. Cuando se trata de enfermedad o accidente profesional, las incapacidades hasta por 180 días la cubre la administradora de riesgos laborales a la cual se encuentra afiliado el usuario, conforme lo dispone el artículo 3° de la Ley 776 de 2002 “*por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales*”.

Ahora bien, a la luz de los hechos constitutivos del caso concreto, en el periodo comprendido entre el día 181 y el día 360, es el fondo de pensiones el que debe pagar un *subsidio por incapacidad*, cuyo valor es equivalente al de las incapacidades que hasta el día 180 reconoció la EPS. Para que el fondo de pensiones inicie el reconocimiento del *subsidio por incapacidad*, la EPS debe emitir concepto de rehabilitación de la salud del usuario, y remitirlo a dicha entidad. En tal caso, es decir, cuando existe concepto favorable de rehabilitación, el fondo de pensiones puede prorrogar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad del afectado hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días. Si el concepto de rehabilitación es desfavorable, el fondo

¹² Folios 6 a 9.

de pensiones debe (i) pagar el subsidio por incapacidad desde el día 181 en adelante; e (ii) iniciar el trámite de calificación de la pérdida laboral del interesado.¹³ En este último evento, si la pérdida de capacidad laboral del usuario es igual o superior al 50%, el fondo asumirá el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez una vez se acrediten los requisitos para acceder a ella, de conformidad con los artículo 39 de la Ley 100 de 1993; pero si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de usuario es menor al 50%, el fondo de pensiones continuará pagando las incapacidades que expida la EPS hasta que el usuario se encuentre rehabilitado y pueda volver a laborar, de forma dependiente o independiente.

Con base en las reglas mencionadas, Salud Total EPS debe pagar al señor Brand las incapacidades originadas entre el 24 de agosto de 2013 y el 24 de febrero de 2014, esto es, por un periodo de 180 días. Al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir le corresponde reconocerle las incapacidades expedidas por Salud Total EPS entre el 25 de febrero de 2014 y el 30 de marzo del mismo año, y debería además, haberle realizado la valoración de su pérdida de capacidad laboral para que se determinara si tenía derecho o no a la pensión de invalidez.

5.4. En suma, en el caso concreto correspondería a la Sala de Revisión adoptar como remedios para subsanar la afectación de los derechos fundamentales del actor, ordenar: (i) a Salud Total EPS que pague al peticionario el valor de las incapacidades expedidas con motivo del diagnóstico tumor maligno de paladar E III terminal hasta por un periodo de 180; y, (ii) al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir que le cancele las incapacidades expedidas por Salud Total EPS desde el día 181 en adelante, e inicie el trámite de calificación de su pérdida de capacidad laboral, para un eventual reconocimiento de la pensión por invalidez. Y en caso de que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral sea igual o mayor 50% la entidad deberá reconocer y pagar la pensión de invalidez al peticionario en un término no mayor a 30 días a partir de que se expida el dictamen correspondiente; en caso contrario deberá continuar pagando las incapacidades que expida la entidad promotora de salud, hasta que el señor Brand recupere su salud.

5.5. No obstante las órdenes que la Sala iba a emitir en un primero momento no son adecuadas al caso concreto comoquiera que el accionante falleció.

13

Artículo 41, ley 100 de 1993:“ (...) para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho

concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”

En auto del 17 de febrero de 2015 el despacho ponente vinculó al proceso al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que se manifestara sobre las pretensiones del actor y explicara si ha adelantado alguna gestión para garantizar la protección de los derechos fundamentales del señor Brand en relación con el pago de las incapacidades superiores a 180 días y de la petición de valoración de su pérdida de capacidad laboral. En respuesta remitida a la Corporación el 27 de febrero de 2015, Porvenir afirmó que el 14 de abril de 2014 requirió al señor Brand para que enviara la documentación para iniciar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral, pero el accionante no contestó la solicitud. La entidad conoció y así lo informó a la Sala, que el 5 de agosto de 2014 el tutelante falleció.¹⁴

Así que la Sala se encuentra frente a una carencia actual de objeto por muerte del peticionario, y le corresponde entonces dar órdenes distintas para evitar que Salud Total EPS incurra nuevamente en acciones u omisiones que pongan en riesgo los derechos fundamentales de sus usuarios, por circunstancias similares a las analizadas en esta sentencia. Pero antes de adoptar ordenes concretas, la Sala pasa a hacer la siguiente precisión.

El caso bajo estudio propone una excepción a las reglas que ha fijado el legislador para el pago de las incapacidades y el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral, contenidas en esta sentencia en el numeral [5.3.].

Se prevé que haya un periodo por incapacidad hasta por 180 días a cargo de la EPS, para brindar al usuario un periodo razonable en el cual pueda recuperar su salud, y continuar ejerciendo una actividad laboral de la cual devengue lo suficiente para satisfacer sus necesidades básicas. Cuando se

termina este primer periodo pueden suceder dos cosas: que la EPS expida un certificado de rehabilitación de la salud del usuario, o que expida un certificado de no rehabilitación, y como se dijo en el apartado señalado, dependiendo de la orientación del certificado, deberá el fondo de pensiones continuar pagando un subsidio por incapacidad (cuando el dictamen es favorable) o continuar pagando el valor de las incapacidades y también iniciar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral (cuando el dictamen es no favorable).

La finalidad inicial de acuerdo con la cual se quiere brindar al usuario un periodo razonable para recuperarse, se refuerza con el hecho de que se le permita al Fondo de Pensiones posponer hasta por 360 días adicionales a los primeros 180, el trámite de calificación cuando hay concepto favorable. Pero esa finalidad no se cumple en casos como el que es objeto de revisión, en los cuales las incapacidades se generan con base en un diagnóstico de enfermedad terminal.

¹⁴ Registro civil de defunción, folio 20 del cuaderno de revisión de tutela.

Si la enfermedad común que padece el afectado ha sido calificada por los especialistas como enfermedad terminal, es contradictorio esperar un concepto de rehabilitación favorable. De manera que desde la óptica constitucional, y con base en el mejor criterio médico disponible en el caso concreto, no es razonable exigir a una persona que sufre una enfermedad terminal cuya muerte sucederá en tiempo próximo, posponer la calificación de la pérdida de su capacidad laboral a la espera de un diagnóstico de rehabilitación favorable, por lo menos, si la expectativa de mortalidad es menor a 180 días desde el día en que fue incapacitado por razón del diagnóstico terminal.

En estos casos la urgencia con la cual se requiere una resolución pronta del derecho a la pensión de invalidez es altamente manifiesta: garantizar a las personas vivir el final de su existencia en condiciones materiales de dignidad; dado que no es posible mejorar su estado de salud, sí es posible crear para él un entorno favorable, lo que incluye atención

médica constante y oportuna, y la satisfacción del mínimo vital mensual.

Para ello se requiere un concepto de los especialistas tratantes en el que se determine si el paciente es terminal y si el riesgo de muerte es inmediato o no. La muerte del usuario se considerara *inmediata*, en el contexto de este escenario constitucional, si puede suceder antes de que se cumplan los primeros 180 días de incapacidad. De ser así (sin esperar hasta el día 180), corresponderá a la EPS enviar al Fondo de Pensiones la petición formal de calificación de la pérdida de capacidad laboral del usuario y, con base en el resultado de ese dictamen proceder a reconocer la pensión o continuar pagando el valor de las incapacidades expedidas por la EPS.

Para la Sala de Revisión no puede darse igual trato a los usuarios del Sistema de Seguridad Social que padece una enfermedad terminal, frente a aquellos que, en principio, tienen una expectativa legítima de rehabilitación. Dado que en el primer caso la urgencia es mayor, los trámites para el reconocimiento de las prestaciones sociales deben flexibilizarse. Por lo tanto, esta Sala dirá que *los usuarios del Sistema General de Seguridad Social que se encuentran incapacitados por razón de una enfermedad terminal, cuya expectativa de vida sea menor a un término de 180 días, tienen derecho a que se les inicie el trámite de calificación de su pérdida de capacidad laboral inmediatamente se conozca el dictamen médico en el que se fije la probabilidad de vida.*

Y esta regla deberá ser acogida por parte de Salud Total EPS para que en el futuro ofrezca a sus usuarios un mejor trato que el que le ofreció al señor Peter Emil Brand Kaspar.

5.6. De conformidad con lo anterior, la Sala Primera de Revisión revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Segundo del Circuito de Barranquilla adscrito al SRPA-CFC, que a su vez revocó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescente con Función de Control de Garantías de Barranquilla, en el cual se amparó el derecho fundamental al mínimo vital del señor Peter Emil

Brand Kaspar. Y adicionará este último fallo en el sentido de que el accionante también tenía derecho a que se protegiera su derecho fundamental al debido proceso, por el cobro injustificado del valor de las citas con los especialistas en nutrición a las que no asistió. Además, declarará la carencia actual de objeto por muerte del accionante y ordenará a la Secretaría General de la Corporación remitir copia de este fallo a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigue las irregularidades en las que incurrió Salud Total EPS por (i) cobrar al usuario una sanción expresamente prohibida por el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011; y (ii) dilatar injustificadamente el pago de las incapacidades hasta por un periodo de 180 días, y para que determine si las prácticas aquí señaladas son recurrentes en la entidad y con base en los resultados obtenidos, aplique las sanciones a que haya lugar. La entidad deberá informar a la Sala las gestiones realizadas para el cumplimiento de esta decisión, en un término no mayor a treinta (30) hábiles contados a partir de que tenga conocimiento del fallo.

6. Conclusiones

(i) Los usuarios del Sistema Público de Salud tienen derecho a que no se les cobren multas, sanciones o sumas de dinero por inasistencia a citas médicas programadas, conforme la prohibición expresa contenida en el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011. Si una EPS contraría dicha prohibición, desconoce el derecho fundamental al debido proceso del usuario, y si además, con base en la presunta mora le suspende, dilata o niega el acceso a un servicio médico o una prestación económica a que tiene derecho, vulnera también sus derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital.

(ii) Las incapacidades por accidente o enfermedad de origen común que se generen por un periodo hasta de 180 días, corresponde pagarlas a las entidades promotoras de salud. Las surgidas desde el día 181 en adelante, debe pagarlas la administradora de fondo de pensiones (*subsidio por incapacidad*), hasta que se efectúe el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral del interesado, previa remisión por parte de la EPS de un informe relacionado con el estado de salud actual del usuario y la posibilidad cierta

de recuperación.

(iii) Los usuarios del Sistema General de Seguridad Social que se encuentran incapacitados por razón de una enfermedad terminal, cuya expectativa de vida sea muy poca, tienen derecho a que se les inicie el trámite de calificación de su pérdida de capacidad laboral inmediatamente se conozca el dictamen médico en el que se fijaron sus condiciones de salud.

(iv) Los obstáculos al acceso a las prestaciones asistenciales y económicas del Sistema Público de Salud para los usuarios que padecen enfermedades terminales, les imposibilitan alcanzar el nivel más alto posible de bienestar físico y mental, situación que se contradice con la concepción finalista del derecho a la salud construida en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional. Estas barreras, así como las fallas en la calidad de la atención que constantemente enfrentan, les impiden vivir en condiciones mínimas de dignidad, y se convierten en una amenaza constante a su derecho fundamental a la vida. En consecuencia, las entidades que componen el Sistema Público de Salud deben ser especialmente sensibles a los requerimientos de estos usuarios, y brindarles servicio oportuno e integral, de manera que se preserven los componentes básicos de su dignidad, derecho fundamental que constituye el fin primordial del Estado constitucional de derecho.

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido por Juzgado Segundo del Circuito de Barranquilla adscrito al SRPA-CFC, 31 de julio de 2014, que revocó la providencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescente con Función de Control de Garantías de Barranquilla, el 24 de junio de 2014, en el cual se ampararon los derechos fundamentales a la dignidad, a la salud, y al mínimo vital del señor Peter Emil Brand Kaspar. Y **ADICIONAR** el fallo en el sentido de amparar también del derecho fundamental al debido proceso del actor.

Segundo.- DECLARAR la carencia actual de objeto por muerte del señor Peter Emil Brand Kaspar.

Tercero.- REMITIR copia de este fallo a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigue las irregularidades en las que incurrió Salud Total EPS por (i) cobrar al usuario una sanción expresamente prohibida por el artículo 55 de la Ley 1438 de 2011; y (ii) dilatar injustificadamente el pago de las incapacidades hasta por un periodo de 180 días, y determine si las prácticas aquí señaladas son recurrentes en la entidad y con base en los resultados obtenidos, aplique las sanciones a que haya lugar. La entidad deberá informar a la Sala sobre las gestiones realizadas para el cumplimiento de esta orden, en un término no mayor a treinta (30) hábiles contados a partir de que tenga conocimiento de esta decisión.

Cuarto.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ
Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS
Secretario General (E)