

Sentencia T-039/08

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Madre en representación de hijo menor enfermo

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Fundamentales

DERECHOS DEL NIÑO-Fundamentales y prevalentes

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cuotas moderadoras o copagos no pueden convertirse en barreras de acceso al servicio para personas que no tienen recursos económicos

PRESUNCION DE INCAPACIDAD ECONOMICA-Madre de tres hijos menores con esposo en la cárcel

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Atención médica integral del 100% por la EPS tanto de los servicios incluidos en el POS, como de los excluidos, sin exigir copagos y repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente T-1700110

Acción de tutela de Ángela Marcela Yopasa Quesada en representación de su hijo Oscar Yesid Martínez Yopasa contra la ARS UNICAJAS.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de

Bogotá el día 26 de abril de 2007, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Ángela Marcela Yopasa Quesada en representación de su hijo Oscar Yesid Martínez Yopasa contra la ARS UNICAJAS.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día 12 de abril de 2007, la señora Ángela Marcela Yopasa Quesada interpuso acción de tutela por considerar que UNICAJAS ARS está vulnerando los derechos a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y a la salud de su hijo Oscar Yesid Martínez Yopasa. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

* Manifiesta que su hijo de tres años padece de “Bronconeumonía e Hipertensión Pulmonar” y por tanto necesita el suministro permanente de oxígeno las 24 horas del día.

* Añade que el menor se encuentra afiliado a la entidad accionada, estando ubicado en el nivel II del Sisbén, razón por la cual debe cancelar un copago mensual por el oxígeno de \$37.000 y por tanto no cuenta con dinero para los medicamentos ni para las consultas con especialista.

* Asevera que los médicos especialistas ordenaron al menor los medicamentos “SALBUTAMOL INHALADOR, BECLOMETAZONA, FUROCEMIDA”¹, pero por su estado de pobreza extrema no tiene como atender los gastos de salud de su hijo y no cuenta con dinero para cancelar los copagos.

* Agrega que se encuentra desempleada, tiene dos hijos mas menores de edad y su esposo se encuentra detenido en la Cárcel Modelo

* Finalmente relaciona innumerables sentencias de esta Corporación relacionadas con el derecho a la salud de los menores y la exoneración en la cancelación de copagos y cuotas moderadoras y solicita que se ordene a la accionada “autorizar, suministrar y cubrir el 100% del TRATAMIENTO INTEGRAL QUE REQUIERE MI HIJO INCLUYENDO SUMINISTRO 24 HORAS DE OXIGENO Y DE MEDICAMENTOS SALBUTAMOL INHALADOR, BECLOMETAZONA, FUROCEMIDA y CITAS CON ESPECIALISTAS SIN EXIGENCIA DE COPAGOS hasta su total recuperación”². (Resaltado original).

1. Respuesta del ente demandado

Carlos Alberto Rodríguez Parra, representante de la ARS UNICAJAS, informa que tal entidad no ha negado el suministro de medicamentos que alega la accionante, no encontrando solicitud alguna de los relacionados por la misma en su escrito; agrega que lo anterior obedece a que se trata de servicios excluidos del POS-S, los cuales están siendo garantizados por la Secretaría de Salud de Bogotá, tal como lo establecen las normas del régimen subsidiado.

Afirma el representante de la accionada que la atención de eventos NO POS-S, como es el caso del menor Oscar Yesid, está siendo prestada en una institución pública con la que tiene acordada tal prestación la Secretaría de Salud de Bogotá, como lo es el Hospital Santa Clara que actualmente trata al paciente con cargo al Fondo Financiero Distrital de Salud y por tanto la solicitud de servicios que se anexa en la tutela nunca ha sido radicada en tal entidad.

Enfatiza en que los lineamientos del contrato celebrado con la Secretaría de Salud de Bogotá, establecen que los tratamientos médicos para las patologías no incluidas en el POS-S, deben ser asumidos por el ente territorial y en las instituciones que tiene el ente contratadas para el efecto; por tanto, los servicios médicos que requiera el menor deben ser prestados por el Hospital Santa Clara, de conformidad con la reglas del régimen subsidiado, es decir, en los servicios incluidos en el POS-S con cargo a la ARS UNICAJAS y en los NO POS-S con cargo a los recursos que administra la Secretaría de Salud de Bogotá.

Relaciona que los eventos NO POS-S deben ser garantizados por la entidad territorial según lo ordenado en el artículo 42 del Acuerdo 244 de 2003, el artículo 4 del Acuerdo 72 del

Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el artículo 13 del Decreto 806 de 1998.

Solicita la vinculación del Hospital Santa Clara y de la Secretaría de Salud de Bogotá para que expongan las razones por las cuales han negado los servicios NO POS-S al menor Oscar Yesid Martínez y expliquen porqué exigen la autorización de los mismos por parte de UNICAJA ARS.

Sobre lo relacionado con los COPAGOS, manifiesta que como en el presente caso se trata de servicios excluidos del POS-S, el cobro de los mismos no tiene ninguna relación con la ARS UNICAJAS y por tanto, para la protección de los derechos fundamentales elevados por la actora, puede ordenarse al Hospital tratante la exoneración en el cobro del respectivo copago.

3. Pruebas que obran en el expediente

1- Junto con la acción de tutela, orden de entrega de 2 cilindros de oxígeno pediátrico de la empresa "Oxiayuda" de enero 20 de 2007, a nombre del menor Oscar Yesid Martínez. (Folios 1 a 8).

2- Fotocopia de dos órdenes médicas a nombre del menor, fechadas 11-09-06 y en las que se mencionan nueve medicamentos, entre los cuales se encuentran los tres relacionados en la acción de tutela (Folio 9).

3- Fotocopia de la tarjeta de salud de la ARS CAJASALUD-UNICAJAS-COMFACUNDI a nombre del menor Oscar Yesid Martínez Yopasa y fotocopia del comprobante del documento en trámite de la accionante. (folio 10).

4- Fotocopia de la historia clínica del menor Oscar Yesid Martínez Yopasa en la cual se observa que el menor desde los 15 días de nacido sufre de Bronconeumonía. (folios 11 a 14).

6- Fotocopia de un concepto médico dirigido a la jefe de división de la EPS-S, en el cual básicamente relatan las afecciones del menor e informan que las mismas vienen siendo tratadas por el Hospital Santa Clara como eventos NO POS-S y por tanto la EPS-S no está exigiendo cobro alguno de cuotas de recuperación. Se agrega que la accionada ha venido prestando todos los servicios requeridos por la accionante siempre que la prestación de los

mismos se encuentre dentro de su órbita prestacional; por tanto los servicios excluidos del POS-S serán cubiertos por la Secretaría de Salud. (folios 29 a 35).

7- Fotocopia de solicitud de hospitalización y procedimientos por parte de la ARS accionada al Hospital Santa Clara. (folio 36).

8- Fotocopia de autorización de servicios por parte de la ARS al Hospital Santa Clara y la Secretaría Distrital de Salud (folio 37).

9- Fotocopia del Historial del Paciente por Sisbén a nombre del menor Oscar Yesid Martínez Yopasa (folios 39 a 45).

10- Misión de trabajo realizado por el CTI de la Fiscalía General de la Nación en la cual se constata el sitio de residencia de la accionante, las circunstancias económicas de la misma y del menor. Se allega con tal misión, registro de la CIFIN, entidad donde no consta ningún tipo de información financiera de la actora (folios 46 a 49).

II. DECISION JUDICIAL QUE SE REvisa

Conoció de este proceso el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá, quien decidió no tutelar los derechos invocados por la accionante a favor de su hijo menor; para tomar tal decisión argumentó que no existe prueba de que al menor se le haya negado el servicio de salud por parte de la ARS UNICAJAS ni del Hospital Santa Clara, y tampoco hay evidencia de que por falta de copagos o cuotas moderadoras se le haya dejado de prestar el servicio de salud al menor, por tanto, como al menor se le han venido prestando todos los servicios ordenados por el médico tratante, no se le puede amparar un derecho que no ha sido vulnerado por la accionada.

Tal decisión no fue objeto de impugnación.

III. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

La suscrita Magistrada, mediante auto de tres (03) de diciembre de 2007, decidió vincular a la Secretaría de Salud Distrital de Bogotá al trámite de la tutela de la referencia para que se pronunciara acerca de los hechos que dieron origen a la presente acción.

En respuesta de ello, el Director de Aseguramiento de tal entidad, mediante comunicación recibida en la Secretaría General de esta Corporación el 12 de diciembre de 2007, indicó que el menor Oscar Yesid Martínez Yopasa es beneficiario del subsidio en salud en el nivel 2 del Sisbén, afiliado a la EPS-S UNICAJAS - COMFACUNDI y cancela copagos de acuerdo a su nivel II, es decir, el 10% por los servicios de salud que se le brinden sin exceder 2 salarios mínimos legales. Relaciona igualmente todas las patologías que aquejan al menor, especificando que se le está prestando atención con cargo al subsidio a la oferta en los hospitales de su red, como la Misericordia, el Santa Clara y otros; y con cargo a la EPS-S UNICAJAS por los procedimientos cateterismo izquierdo y derecho con o sin angiografía, aortograma torácico o abdominal y otros, como consta en las autorizaciones que se adjuntaron al escrito de tutela.

Menciona la facultad de recobro al Fosyga por los eventos NO POS en caso de ser ordenado en el fallo de tutela, de conformidad con la resolución 2933/06 y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional. Comenta que los eventos NO POS, (resolución 5261 de 1994) que pueda requerir inicialmente el paciente, deben ser asumidos por cuenta del mismo, pero advierten que en casos en los cuales el medicamento o procedimiento no se encuentre dentro del POS, existe la posibilidad legal de que la administradora realice el correspondiente Comité Técnico Científico y motivar porqué razón solo esos medicamentos requiere el paciente y proceder a suministrárselos con posibilidad de recobro al Fosyga. Si el paciente se encuentra siendo tratado por la Secretaría Distrital de Salud, será a esta a quien le corresponda a través de la IPS que atiende al paciente, realizar el procedimiento anotado, pero se aclara que es importante advertir que la Secretaría de Salud no ha tenido conocimiento alguno de solicitud realizada por la representante del accionante.

Finalmente agrega que por todos los servicios de salud que se brinden al paciente, debe cancelar la cuota de recuperación según su nivel, debiendo asumir el 10% del valor de la atención de acuerdo con la contratación efectuada por su entidad con los hospitales y por tanto la acción no está llamada a prosperar.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los

artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a la Sala establecer si la EPS-S UNICAJAS y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá al exigir la cancelación de copagos a la accionante para la prestación de los servicios de salud y la entrega de los medicamentos ordenados a su hijo, desconoce los derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y a la salud del menor Oscar Yesid Martínez Yopasa; la accionante asevera que carece de los recursos económicos para sufragar los copagos exigidos para tal efecto. Ello, a pesar de que hasta el momento las entidades vinculadas le han venido prestando al menor la atención médica en forma oportuna.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala analizará en primer lugar, si en el caso bajo revisión están dados los supuestos para el ejercicio de la acción de tutela por medio de agente oficioso.

Seguidamente se analizarán las reglas jurisprudenciales que declaran que el derecho a la salud en el caso de los niños, es en si mismo un derecho fundamental autónomo y finalmente la Sala se referirá a los copagos como exigencias reglamentarias no contrarias a la Constitución Política, que no deben ser aplicadas cuando con ellas se desconozcan los derechos fundamentales de los afiliados a las entidades de salud; analizando además si la ausencia de recursos económicos de una persona para cancelar las cuotas recuperadoras o pagos moderadores puede legitimar la negativa de una EPS a suministrar el tratamiento integral para la recuperación de la enfermedad del afiliado.

Abordados estos asuntos, entrará a determinar si el menor Oscar Yesid Martínez Yopasa tiene o no derecho al amparo solicitado.

3. Legitimación en la causa para promover la presente acción de tutela

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, en el que se regula entre otros, el tema de la legitimación en la causa y el interés para actuar en

este tipo de acciones: “se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa (...) Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”. También podrán ejercerla el Defensor del pueblo y los personeros municipales”

Al respecto, esta Corporación ha señalado que la agencia oficiosa es procedente cuando se afirme que se actúa como tal y se encuentre probado que el representado está en imposibilidad de promover por sí mismo la acción de tutela y en consecuencia su defensa.

De igual forma, la Corte ha establecido que si se trata de agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de “manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa, aparte de que ello es obvio tratándose de los niños. En consecuencia, tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.”. En este sentido, la jurisprudencia de la esta Corporación considera: “cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competentes el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, vgr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”. (Sentencia T-462/93 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ)

En el caso objeto de revisión la señora Angela Marcela Yopasa Quesada actúa en representación de su hijo Oscar Yesid Martínez Yopasa, de quien está probado que es menor de edad, según copia de su carné de la ARS UNICAJAS-COMFACUNDI que reposa a folio 10 de la presente actuación (nacido el 19 de noviembre de 2003), lo que efectivamente le imposibilita ejercer su propia defensa, motivo por el cual en el presente caso la agencia oficiosa resulta procedente.

4. El derecho a la salud y la seguridad social de los niños son fundamentales por mandato expreso de la Constitución. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia constitucional³ ha sido uniforme en explicar la doble categorización que se predica de los derechos de los niños en el estado colombiano, la cual está materializada en el artículo 44 de la Constitución cuando expresa:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...) los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. (Subrayado fuera de texto)

Los derechos de los niños son fundamentales y prevalentes, características que les fueron otorgadas con la finalidad de garantizar la protección especial de la que son titulares y la especial atención con que se debe salvaguardar el proceso de desarrollo y formación de los mismos. Sobre el particular esta Corporación ha explicado⁴:

“Por una parte, en su inicio, el artículo (44) establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional,⁵ dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

“El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, sino es posible conciliarlo, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos”.⁶

El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta,

abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional.

La Constitución Colombiana de 1991 no ha hecho en este sentido nada diferente que reproducir lo que los pactos y tratados internacionales han establecido. De igual manera, cabe recordar, que tales instrumentos del derecho internacional, han sido ratificados por la República de Colombia, y por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política.

Así las cosas, la prevalencia de los derechos de los niños está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció: Principio 6: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”. De igual manera la Convención Internacional sobre los derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto 94 de 1992 consagró: “Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva Cork el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977 en su artículo 24 establece: Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de infante requiera tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

En especial, frente al tema del derecho a la salud, el artículo 24 de la Convención sobre los derechos del niño, reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y a la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. “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".⁷

Ahora bien, cabe enfatizar aquí que el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiriera la categoría de fundamental, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela.⁸

Bajo este entendido, el estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los niños, sino que debe impedir que a través de sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, o de los particulares en los que el Estado ha delegado la función de proporcionar el servicio de salud, se ponga en riesgo o se vulnere tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que los niños forman parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, estando en la obligación de adelantar una política de especial atención hacia ellos.

Se concluye que ha sido constante la jurisprudencia de esta Corte en señalar que la salud en el caso de los niños es un derecho fundamental por expreso mandato constitucional, por ello se insiste en esta oportunidad, en que debe prestarse ineludible atención a los mandatos constitucionales referidos, y por tanto, en los casos concretos que los requieran, es procedente la acción de tutela como mecanismo para lograr su inmediata efectividad.

5. Protección constitucional frente al pago de copagos y cuotas de recuperación cuando con tal exigencia se desconozcan derechos fundamentales.

En virtud del principio constitucional de la eficiencia se busca la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. Con fundamento en este principio, el legislador estableció las llamadas cuotas moderadoras y copagos con el fin de racionalizar el uso de los servicios de salud, consagrados expresamente en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 y desarrollados principalmente en los Decretos 2357 de 1995, 050 de 2003 y en el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Así el referido artículo 187 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.

El Acuerdo No. 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, precisó el objeto de las cuotas moderadoras (Art. 1) y los copagos (Art.2); las primeras se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, en tanto que los últimos se aplican únicamente a los afiliados beneficiarios (Art. 3).

Estableció también los principios que rigen la aplicación de estos conceptos (Art. 5), así como los servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras (Art. 6) y los excluidos del cobro de copagos, mencionando expresamente, en lo que a este último aspecto se refiere, los servicios relacionados con enfermedades catastróficas o de alto costo (Art.7). Como puede concluirse, el legislador consideró procedente el cobro de las cuotas moderadoras y copagos como mecanismo destinado a: “racionalizar el uso de servicios del sistema” (artículo 187 de la Ley 100 de 1993).

Ahora bien, el legislador en procura de mejorar la prestación del servicio de salud a los usuarios del sistema, a través de la ley 1122 de 2007 dispuso una serie de reformas en los aspectos de racionalización, y mejoramiento en la prestación de este servicio, es así como en su artículo 14 inciso 3° literal a) señaló: “Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el régimen subsidiado, las personas pobres o vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regimenes especiales y de excepción(...)”. Adicionalmente en el literal g) se indicó: “No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del régimen subsidiado en salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace.” Así, se pretendió brindar una mayor protección a los sectores menos favorecidos en procura de prestar el dicho servicio, sin limitaciones de tipo económico, a aquellas personas que por sus condiciones sociales y económicas así lo requieren.

Por otra parte, el legislador y la reiterada jurisprudencia de la Corporación han establecido que el cobro de las cuotas moderadoras y de copagos no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre. En este sentido, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 consagró que “Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles...” también aclara que “en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”. Así mismo, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, en sentencia C-542 de 1998,

condicionó su constitucionalidad en el entendido 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.”

De otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado los requisitos necesarios para que proceda la protección constitucional referente al pago de copagos y cuotas de recuperación, toda vez que ésta no procede de manera automática.

Conforme se indicó en la Sentencia T-745 de 2004, la Corte aclaró “que la inaplicación de la normatividad referente al pago de copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o al pago del porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes “no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones..., tales condiciones fueron definidas de la siguiente manera:

“(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio médico o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS. y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento.”⁹

En consecuencia, la cancelación de los copagos son exigencias reglamentarias tendientes a una mejor racionalización de los recursos del sistema de Seguridad Social en Salud; no obstante debe omitirse su aplicación cuando con ellas se desconozca el derecho fundamental a la salud; sin embargo, debe establecerse la incapacidad económica de quien afirma no tenerla para asumir los copagos por la prestación de los servicios médicos.

6. Caso Concreto

En el caso objeto de revisión la señora Angela Marcela Yopasa Quesada, actuando en

representación de su hijo Oscar Yesid Martínez Yopasa quien en la actualidad cuenta con cuatro años de edad, considera que la EPS-S UNICAJAS está vulnerando los derechos fundamentales de su hijo, por exigirle la cancelación de copagos y como consecuencia de tal situación, condicionar la atención integral para el tratamiento de la enfermedad que aqueja al menor -BRONCONUEMONIA E HIPERTENSION PULMONAR - al pago de los mismos. Manifiesta que el niño necesita el suministro permanente de oxígeno las 24 horas del día, razón por la cual debe cancelar un copago mensual por el mismo de \$37.000 y por tanto no cuenta con dinero para los medicamentos ni para las consultas con especialista.

La EPS-S UNICAJAS manifiesta que no ha negado el suministro de los medicamentos que alega la accionante, pues no ha encontrado solicitud alguna de los mismos; agrega que lo anterior obedece a que se trata de servicios excluidos del POS-S, los cuales están siendo garantizados por la Secretaría de Salud de Bogotá, tal como lo establecen las normas del régimen subsidiado, específicamente por el Hospital Santa Clara, quien trata al paciente con cargo al Fondo Financiero Distrital de Salud.

Enfatiza en que los lineamientos del contrato celebrado con la Secretaría de Salud de Bogotá, establecen que los tratamientos médicos para las patologías no incluidas en el POS-S, deben ser asumidos por el ente territorial y en las instituciones que tiene el ente contratadas para el efecto; por tanto, los servicios médicos que requiera el menor deben ser prestados por el Hospital Santa Clara, de conformidad con la reglas del régimen subsidiado, es decir, en los servicios incluidos en el POS-S con cargo a la ARS UNICAJAS y en los NO POS-S con cargo a los recursos que administra la Secretaría de Salud de Bogotá.

Sobre lo relacionado con los COPAGOS, manifiesta que como en el presente caso se trata de servicios excluidos del POS-S, el cobro de los mismos no tiene ninguna relación con la ARS UNICAJAS y por tanto, para la protección de los derechos fundamentales elevados por la actora, puede ordenarse al Hospital tratante la exoneración en el cobro del respectivo copago.

Comenta que los eventos NO POS que pueda requerir inicialmente el paciente, deben ser asumidos por cuenta del mismo, pero advierten que en casos en los cuales el medicamento o procedimiento no se encuentre dentro del POS, existe la posibilidad legal de que la administradora realice el correspondiente Comité Técnico Científico y motivar porqué razón

solo esos medicamentos requiere el paciente y proceder a suministrárselos con posibilidad de recobro al Fosyga. Si el paciente se encuentra siendo tratado por la Secretaría Distrital de Salud, será a esta a quien le corresponda a través de la IPS que atienda al paciente, realizar el procedimiento anotado, pero se aclara que es importante advertir que la Secretaría de Salud no ha tenido conocimiento alguno de solicitud realizada por la representante del accionante.

Finalmente agrega que por todos los servicios de salud que se brinden al paciente, debe cancelar la cuota de recuperación según su nivel, debiendo asumir el 10% del valor de la atención de acuerdo con la contratación efectuada por su entidad con los hospitales y por tanto la acción no está llamada a prosperar.

Por su parte el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá, niega el amparo solicitado, al considerar que no existe prueba de que al menor se le haya negado el servicio de salud por parte de la ARS UNICAJAS ni del Hospital Santa Clara, y tampoco hay evidencia de que por falta de copagos o cuotas moderadoras se le haya dejado de prestar el servicio de salud al menor, por tanto, como al menor se le han venido prestando todos los servicios ordenados por el médico tratante, no se le puede amparar un derecho que no ha sido vulnerado por la accionada.

De los hechos esbozados y las pruebas obrantes en el expediente, se extrae que el hijo menor de la accionante, Oscar Yesid Martínez, padece de Bronconeumonía e Hipertensión Pulmonar, por tanto, requiere un tratamiento y recibir oxígeno permanentemente de acuerdo a lo expuesto en la acción de amparo. De igual forma, la accionante manifiesta ser una persona de escasos recursos económicos, añade que por su estado de pobreza extrema no tiene como atender los gastos de salud de su hijo y no cuenta con dinero para cancelar los copagos. Añadió también que se encuentra desempleada, tiene dos hijos mas menores de edad y su esposo se encuentra detenido en la Cárcel Modelo de esta ciudad.

Según lo relacionado en el acápite anterior de esta sentencia, y lo consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, se debe presumir la buena fe de la actora, respecto a la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos que conlleva la enfermedad que padece su hijo en la cancelación de los copagos. En este orden de ideas, le corresponde a la entidad accionada, de acuerdo con la jurisprudencia de ésta corporación, controvertir y

probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad.

Por su parte, las entidades accionadas solo manifestaron que el valor exigido por concepto de copagos, era asequible para la tutelante ya que solo es el 10% de la asistencia prestada por todos los servicios de salud que se brinden al paciente, enfatizando en que debe cancelar la cuota de recuperación según su nivel; sin embargo, considera la Sala que dicha presunción no resulta adecuada a la realidad económica de la accionante en mención, teniendo en cuenta que de acuerdo al material probatorio obrante en la foliatura, la misma asevera ser una persona de bajos recursos económicos, tener otros dos hijos menores, no contar con el apoyo de su compañero por estar detenido en una cárcel de esta ciudad y recibir para su mantenimiento solamente \$20.000 una vez por semana luego de prestar sus labores como empleada doméstica. Tal afirmación, no fue desvirtuada ni controvertida por las entidades accionadas, quienes solo se limitaron a manifestar que es obligación de aquella cancelar los copagos, obligación que se desprende de su calidad de beneficiaria del sistema; con esto en mente, infiere la Corte que opera la presunción de falta de capacidad de pago y debe tenerse por cierta.

Aunado a lo anterior cabe resaltar que, el hijo de la accionante, padece una enfermedad que lo ha aquejado desde su nacimiento y que actualmente requiere de terapias, exámenes, medicamentos, que por simple lógica demandan gastos adicionales; en este sentido ha considerado la Corte, en casos similares al expuesto, que se debe prestar el servicio integral de salud, sin consideraciones de carácter económico y reglamentario, más aún si quien requiere la prestación de estos es un menor de edad.

En este contexto, la exigencia de copagos a la accionante para la realización del tratamiento y la prestación de los servicios de salud a su hijo menor, se convierte en una carga desproporcionada, toda vez que su no pago desencadenaría una grave afectación de su salud y de su vida, puesto que no se le continuaría el tratamiento iniciado para contrarrestar su Bronconeumonía e Hipertensión Pulmonar. Tales circunstancias no fueron tenidas en cuenta por el juez de instancia, quien se limitó a afirmar que nunca se le había negado la atención en salud al menor.

Ahora bien, atendiendo a que la protección y conservación del derecho a la salud de los

menores, en ocasiones precisas escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual, estima la Sala que se deben proteger los derechos constitucionales solicitados por la accionante para su hijo menor, dejando de lado cualquier traba que ocasione alguna afectación de los mismos.

Dentro de este contexto, cabe aclarar que aunque los copagos son exigencias contempladas en la reglamentación que rige las entidades prestadoras de salud para una mejor racionalización de sus recursos, en los casos en que el afiliado no pueda cubrirlos, debe en primer lugar darse aplicación a la Constitución Política cuando con su pago se desconocen los derechos fundamentales de los afiliados.

En consecuencia, al constatar la vulneración de los derechos fundamentales del menor Martínez Yopasa, esta Sala de Revisión resolverá dar aplicación directa de la Constitución Nacional, dejando de lado las normas legales y administrativas que regulan los copagos y concederá la protección del derecho a la salud del menor. Así las cosas, y como se observa que las dos entidades accionadas están prestando los servicios de salud al menor, se ordenará a la EPS-S UNICAJAS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, cubra todos los servicios y medicamentos incluidos en el POS, que se requieran para el tratamiento integral del menor, sin condiciones de carácter económico o reglamentario y en el mismo término a la Secretaria de Salud Distrital en relación con los tratamientos excluidos del POS, sin condiciones de carácter económico o reglamentario, todo ello en procura de prestar la atención integral de la enfermedad que padece Oscar CESID, habida cuenta que la protección y conservación del derecho a la salud del menor escapa a cualquier discusión de carácter económico y reglamentario, pudiendo repetir contra el FOSYGA, para reponer el valor que haya cubierto la entidad y debía pagar el paciente.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de

Bogotá y en su lugar TUTELAR el derecho fundamental a la salud del menor Oscar Yesid Martínez Yopasa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la salud del menor Oscar Yesid Martínez Yopasa y ORDENAR a UNICAJAS EPS-S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, preste los servicios incluidos dentro del POS que requiera el menor, para su tratamiento integral, sin poner como condición el pago de copagos, los que deberá asumir ésta entidad en un 100% de acuerdo a los procedimientos, medicamentos, terapias y demás prescripciones de los médicos tratantes¹⁰.

TERCERO. ORDENAR a la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, que el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aun no lo ha hecho, preste los servicios de salud excluidos del POS, que requiera el menor, sin poner como condición el pago de copagos, los que deberá asumir ésta entidad en un 100% de acuerdo a los procedimientos, medicamentos, terapias y demás prescripciones de los médicos tratantes¹¹.

CUARTO. ADVERTIR a la EPS-S UNICAJAS y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que podrá repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en esta providencia y que no esta obligada legalmente a asumir.

CUARTO. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 1 de la acción.

2 Folio 15 ídem.

3 Sentencia SU-225/98, T-415/98 y T-864/99, T-887/99, T-179/00, T-597/01, C-839/01, entre otras.

4 Sentencia T-510/03. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 Con relación a la fundamentalidad de los derechos de los niños ver entre otras sentencias T-402/92 y SU-043/95

6 Sentencia C-157/02. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 En este sentido ver sentencias T-165/04 y T-350/03

8 Sentencias T-530/04, T-1019/02, T-972/01, entre otras.

9 Sentencia T-745 de 2004

10 Ver sentencia T-524 de 2007. MP Clara Inés Vargas Hernández.

11 Ver sentencia T-524 de 2007. MP Clara Inés Vargas Hernández.