

Sentencia T-1039/07

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación/DERECHO A LA SALUD-Ambito de protección por tutela

ADULTO MAYOR-Sujeto de especial protección

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección por tutela

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliados a régimen contributivo o subsidiado y participantes vinculados

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Aplicación del artículo 187 de la ley 100 de 1993

DERECHO A LA SALUD-Incapacidad económica para pago de cuota moderadora no es óbice para recibir tratamiento médico

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Prueba sobre imposibilidad de asumir el costo de los copagos y cuotas moderadoras

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Realización de cirugías por EPS, suministro de medicamentos y atención integral

Referencia: expediente T-1673795

Acción de tutela instaurada por Amparo del Rosario Hidalgo Gallego contra COMPENSAR E. P. S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las

previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá en la acción de tutela instaurada por Amparo Hidalgo Gallego contra COMPENSAR E. P. S.

### I. ANTECEDENTES.

La ciudadana Amparo Hidalgo Gallego acudió ante el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, los cuales, en opinión de la accionante, han sido vulnerados por COMPENSAR E. P. S. La peticionaria funda su pretensión en los siguientes hechos:

1.- La señora Hidalgo Gallego se encuentra afiliada a COMPENSAR E. P. S como beneficiaria de su hijo Diego Leonardo Mojica Hidalgo.

2.- En la actualidad, la accionante padece las siguientes patologías:

a. Dilataciones varicosas en ambos miembros inferiores de larga evolución, sintomáticas por dolor y cansancio.

b. Hernia Inguinal Bilateral.

c. Otitis media supurativa crónica en oído izquierdo por perforación timpánica subtotal de tímpano izquierdo, hiperemia de mucosa de oído medio.

d. Osteartrosis de la articulación radiometacarpiano.

3.- Con la intención de tratar la primera de las enfermedades antes enunciadas, el Doctor Gabriel Bayona Afanador, cirujano vascular adscrito a la Clínica Vasculat de Bogotá -I. P. S. contratada por COMPENSAR E. P. S.- ordenó la práctica del procedimiento quirúrgico de Safenovaricectomía y fleboextracción y/o ligadura de miembros inferiores (bilateral).

Intervención que fue autorizada por COMPENSAR E. P. S. el diez (10) de abril de dos mil cuatro (2004), imponiendo a la señora Hidalgo Gallego un copago equivalente a la suma de \$498.500.00

4.- Así mismo, el Doctor Germán Leguizamón, otorrinolaringólogo al servicio de COMPENSAR E. P. S. ordenó la práctica de una Timpanoplastia con reconstrucción de cadena ósea, con el fin de tratar la dolencia que sufre la señora Hidalgo Gallego en el oído izquierdo.

5.- Una tercera cirugía denominada Hernirrafía Inguinal Bilateral #2 fue ordenada el pasado veintinueve (29) de enero, por el Doctor Andrés Santiago Gómez Segura, cirujano general adscrito a COMPENSAR E. P. S. con la intención de atender la tercera de las patologías antes mencionadas. Esta intervención fue autorizada por COMPENSAR E. P. S. en la misma fecha, imponiendo a la paciente la obligación de cancelar \$318.500 como copago.

6.- De acuerdo con la peticionaria, la realización de las tres cirugías implica la cancelación por concepto de copagos de una suma cercana a \$1.200.000.00, costo al cual debe sumarse el valor las cuotas moderadoras necesarias para la autorización de las consultas a especialistas, terapias y medicamentos que componen el tratamiento integral de las patologías que padece. Sumas todas estas que no está en condiciones de asumir, por cuanto, además de su avanzada edad (61 años) y estado de salud, que le impiden trabajar, no recibe pensión, renta o ingreso alguno diferente de la contribución que para su manutención y la de su esposo de 67 años realiza su hijo Diego Leonardo Mojica Hidalgo. Cabe anotar, que el señor Álvaro Mojica Barreto, esposo de la señora Hidalgo Gallego se encuentra actualmente cobijado por dos fallos de tutela con fundamento en los cuales se le exonera de toda obligación económica en la atención de las graves enfermedades que le aquejan.

7.- Según la accionante, su hijo Diego Leonardo Mojica Hidalgo tiene a su cargo cuantiosas obligaciones como las relativas al pago de las cuotas mensuales de un crédito hipotecario, un crédito educativo y uno que adquirió para la compra de vehículo. Así mismo, se ocupa de la manutención de su esposa y de una hija de cuatro años. Por tal razón, el señor Mojica Hidalgo no ha podido proveerle a su madre lo necesario para la práctica de las cirugías que en atención a su estado de salud requiere.

8.- En opinión de la demandante la imposición de los copagos necesarios para la práctica de los procedimientos quirúrgicos que requiere, por parte de COMPENSAR E. P. S. amenaza,

cuando no vulnera, de manera flagrante los derechos fundamentales de los que es titular y en cuya protección invoca el presente amparo.

## II. INTERVENCIÓN DEL DEMANDADO

Dentro del término concedido por el juez de instancia, la entidad demandada presentó contestación a la acción de tutela interpuesta por Amparo Hidalgo Gallego, afirmando la improcedencia de la acción de tutela interpuesta en su contra debido a la “ausencia de vulneración de derechos fundamentales por conducta alguna de COMPENSAR”. En tal sentido, afirma la entidad que “a la señora se le han prestado oportuna y completamente todos los servicios a que tiene derecho como afiliada al POS, de acuerdo a las coberturas que por ley se encuentran indicadas y autorizadas”.

Agrega el escrito que, no ha existido negativa alguna por parte de COMPENSAR E. P. S. en relación con la práctica de los procedimientos ordenados por los médicos adscritos a ella y que, tampoco se ha manifestado por parte de la paciente dificultad para el pago de los rubros impuestos con el fin de que la E. P. S. analice la posibilidad de eliminarlos si constituyen barreras de acceso al servicio de salud. Añade la representante de COMPENSAR E. P. S. que “si la señora Hidalgo y el señor Mojica carecieran totalmente de capacidad de pago, lo procedente sería que tramitaran su traslado al Régimen Subsidiado”.

Concluye pues la entidad demandada que, los derechos a la vida y a la salud de la peticionaria no han sido puestos en riesgo por conducta alguna imputable a COMPENSAR E. P. S., particular que se encuentra expresamente autorizado por la ley para efectuar el cobro de cuotas moderadoras cuando los servicios requeridos por sus pacientes así lo permitan, tal como sucede en el caso sub examine. Con fundamento en las anteriores consideraciones y en ausencia de prueba de la falta de capacidad económica de la peticionaria, solicita se deniegue el amparo solicitado por Amparo Hidalgo Gallego.

## III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1.- En sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil siete (2007) el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá decidió negar el amparo solicitado.

De acuerdo con la consideraciones del a quo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha

exigido como requisitos para inaplicar las normas relativas a la obligación de los afiliados al régimen contributivo de seguridad social en salud de efectuar el pago de copagos y cuotas moderadoras, la acreditación de varios elementos, a saber: (i) “que la falta de medicamento o tratamiento excluido, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal” (ii) “que el fármaco o procedimiento no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del Plan, siempre y cuando el nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente” (iii) “que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud” y (iv) “que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo”. En opinión del juzgado, el requisito relativo a la falta de capacidad económica de la peticionaria para asumir por cuenta propia el pago de las cuotas moderadoras cobradas por la E. P. S., no se encuentra suficientemente probado, sobre todo si se tiene en cuenta el monto del ingreso base de cotización por el cual se encuentra afiliada al sistema.

Agrega el juez de instancia que COMPENSAR E. P. S. no ha negado la atención requerida por la actora, por el contrario, ha programado las cirugías ordenadas por los médicos tratantes adscritos a ella, razón por la cual, no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales de la peticionaria que pueda imputarse a la conducta de la entidad demandada.

2.- Una vez notificada del fallo, la ciudadana impugnó la decisión de primera instancia ante el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá. En su escrito, la peticionaria señala que no comparte las consideraciones del juez de primera instancia relativas a la prestación completa y oportuna del servicio por parte de COMPENSAR E. P. S., por cuanto, como lo afirmó en su solicitud inicial, esta entidad se ha negado a la realización de las cirugías que requiere, como consecuencia de la no cancelación de los copagos que para tal efecto ha fijado. Sumas éstas que reitera, no está en posibilidades de cubrir por cuanto, no cuenta con ingresos propios y los que recibe de su hijo Diego Leonardo Mojica Hidalgo son bastante limitados, ya que él tiene a su cargo diversas obligaciones crediticias y de sostenimiento de su propio hogar.

3- En el curso de la segunda instancia, se allegaron al expediente los siguientes documentos:

\* Escrito dirigido por el Ministerio de Protección Social al juzgado, en atención a su requerimiento, en el cual conceptúa sobre el caso sujeto a examen, solicitando se exonere al Ministerio de protección Social - FOSYGA, ya que la prestación de los servicios de salud incluidos en el P. O. S. corresponde a la E. P. S. accionada.

\* Declaración extraproceso suscrita por la peticionaria en la cual afirma, bajo la gravedad del juramento, que depende económicamente de su hijo Diego Leonardo Mojica Hidalgo, quien además de costear su manutención y la de su esposo, se encarga del pago de varios créditos y de los gastos de su hogar.

\* Certificación expedida por la empresa Leasing de Crédito, en su calidad de nueva empleadora de Diego Leonardo Mojica Hidalgo, en la cual consta que el salario devengado por éste es de \$2.612.000.00.

4.- En sentencia del cuatro (04) de junio de dos mil siete (2007), el ad quem confirmó el fallo de primera instancia al considerar que, los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran obligados al pago de cuotas moderadoras y copagos los cuales tienen por fin “racionalizar el uso de los servicios del sistema”, por lo cual, “mal se puede castigar la subcuenta del Fondo de Solidaridad, cuando el afiliado pertenece al Régimen Contributivo” como sucede en este caso.

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

##### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

##### 2. Presentación del caso y problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes, la peticionaria, mujer de la tercera edad, afiliada como beneficiaria al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, solicita se tutelen sus derechos fundamentales a la salud y la vida, los cuales en su opinión han sido vulnerados por COMPENSAR E. P. S. al no practicarle tres (03) cirugías ordenadas por los médicos tratantes adscritos a la misma entidad. De acuerdo con la accionante, ni ella ni su familia cuentan con los recursos necesarios para procurar el pago de los copagos exigidos por la E. P. S. para la realización de las intervenciones quirúrgicas.

COMPENSAR E. P. S. alega en su defensa que ha prestado en forma completa y oportuna todos los servicios requeridos por la señora Hidalgo Gallego, al punto de haber programado la realización de dos de las cirugías, sin embargo, para tal efecto, se encuentra habilitada por la ley para exigir la cancelación de los respectivos copagos.

Los juzgadores de primera y segunda instancia negaron el amparo por considerar que la incapacidad económica de la peticionaria no se encuentra acreditada y que COMPENSAR E. P. S. no ha vulnerado en forma alguna los derechos a la salud y la vida de la señora Hidalgo Gallego.

En estos términos, corresponde a la Sala establecer si la imposición de copagos para la realización de las cirugías de Safenovaricectomía, Timpanoplastia con reconstrucción de cadena ósea y Herniografía Inguinal Bilateral #2 por parte de COMPENSAR E. P. S. vulnera los derechos fundamentales a la vida y la salud de la peticionaria, quien en razón de su avanzada edad y su estado de salud no cuenta con ingresos propios que le permitan efectuar dichos pagos.

Así, para dar solución al problema jurídico es preciso (i) presentar una reiteración jurisprudencial a propósito de los distintos enfoques de los cuales ha partido la jurisprudencia constitucional en lo tocante al análisis del derecho a la salud, (ii) con especial atención a las consideraciones que éste amerita respecto de la salud de personas de la tercera edad como sujetos de especial protección. (iii) Así mismo, se realizará un análisis sucinto del régimen de pagos compartidos propio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, (iv) se reiterará la jurisprudencia relativa a la prueba de incapacidad económica frente al pago de cuotas moderadoras y copagos, (v) para finalmente, abordar el estudio del caso concreto.

2.1. El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección por vía de la acción de

tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha señalado que en el ordenamiento jurídico colombiano, la salud ostenta, desde su misma consagración en el artículo 49 de la Carta Política, una doble connotación, pues, además de ser un derecho de rango constitucional, debe ser considerada un servicio público a cargo del Estado<sup>1</sup>. Lo anterior se explica por cuanto, el carácter predominantemente prestacional que define este derecho hace necesario el diseño de instituciones y procedimientos que permitan al Estado proveer a los asociados las condiciones necesarias para su goce en condiciones respetuosas de la dignidad humana. Mecanismos todos estos que al articularse dan origen a la salud como servicio público.

Con base en la naturaleza asistencial del derecho a la salud, la jurisprudencia de esta Corporación ha negado en forma reiterada el carácter fundamental del mismo y por ende, la posibilidad de invocar su protección a través de la acción de tutela. Sin embargo, esta consideración ha venido siendo atenuada en forma cada vez más clara al interior de la jurisprudencia constitucional.

Así, en un primer momento<sup>2</sup>, se aceptó la procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la salud –aún cuando éste no fuera considerado fundamental- siempre que la lesión de tal prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales per se, tales como la vida y/o la integridad física. Tal criterio, denominado conexidad, se tornó de esta forma recurrente en el análisis que en aras de la protección del derecho a la salud realizara el juez constitucional.

Un segundo paso en esta evolución<sup>3</sup>, lo marca la consideración de la fundamentalidad del derecho a la salud, en los casos en que, el contenido del mismo ha perdido la vaguedad e indeterminación que como obstáculo para su calificación de fundamental se argüía en un principio. Así, respecto de aquellas prestaciones que hacen parte del contenido esencial del derecho necesario para garantizar la vida incondiciones dignas y que han sido reconocidas positivamente a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, es admitido su carácter iusfundamental.

Un caso paradigmático respecto de este tipo de prestaciones lo constituyen la gran cantidad de servicios, procedimientos, medicamentos, etc. que conforman el Plan de Atención Básica,

el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, prerrogativas todas éstas que deben ser consideradas derechos fundamentales en sí mismas y respecto de las cuales, procede la acción de tutela como mecanismo de protección, sin que para el efecto sea menester alegar la amenaza o vulneración de otros derechos fundamentales.

Un tercer momento de especial relevancia en este camino de ampliación de la protección de la salud como derecho fundamental por vía de tutela, lo constituye el reconocimiento, a partir de las cláusulas establecidas por la Constitución que permiten identificar sujetos de especial protección, de la fundamentalidad del derecho a la salud radicado en cabeza de los mismos. Tal consideración obedece a las condiciones de especial vulnerabilidad que padecen estos sujetos y que tornan necesaria una protección particularmente vigorosa de sus derechos. Así, se predica fundamental el derecho a la salud de los niños y las niñas, las personas discapacitadas y aquellas que han llegado a la tercera edad.

2.2 Los adultos mayores como sujetos de especial protección. Carácter autónomo del derecho fundamental a la salud del que son titulares. Reiteración jurisprudencial.

Esta Corporación se ha referido en diversas oportunidades a la calificación de las personas que han llegado a la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional. En tal sentido, ha considerado que, aunada a la experiencia y sabiduría que el paso de los años aporta al individuo, sus facultades físicas pueden verse disminuidas y en tal sentido colocar a las personas en circunstancias de especial vulnerabilidad. Así mismo, las necesidades vitales del sujeto varían en esta etapa de la vida, todo lo cual torna imperante un especial amparo dirigido a garantizar el desarrollo en condiciones dignas de los adultos mayores y que tiene por sustento particular las disposiciones de los artículos 13 y 46 de la Carta Política.

Adicionalmente, la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo 4. En tal sentido, ha afirmado esta Corporación que:

“(e)l Estado social de derecho debe, por mandato constitucional, prodigar a las personas de la tercera edad un trato o protección especial y como desarrollo de este principio se tiene establecido la iusfundamentalidad del derecho a la salud de este grupo de personas que

aunado al derecho a existir en condiciones dignas garantiza al mayor adulto el poder exigir al Estado que brinde las condiciones necesarias para el goce pleno de sus derechos de forma efectiva.”<sup>5</sup>

De esta forma, aquellas prestaciones necesarias para garantizar la salud de los adultos mayores, en su calidad de sujetos especialmente protegidos, deben ser consideradas derechos fundamentales y por ende, dignos de amparo a través de la acción de tutela.

### 2.3 Análisis del régimen de pagos moderadores propio del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Aplicación del artículo 187 de la ley 100 de 1993.

De conformidad con la ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud es un conjunto de instituciones, normas y procedimientos puestos al servicio de la persona y de la comunidad para proveer la cobertura integral de las contingencias que menoscaban su salud. El diseño de este sistema debe permitir a los habitantes del territorio nacional el goce efectivo de sus derechos a la salud y a la seguridad social, así como las prestación del servicio público que éstas imponen a cargo del Estado, elementos todos éstos que tienen por fin garantizar a cada individuo su desarrollo en condiciones dignas.

Con tal objetivo, el legislador ha dispuesto la obligatoria pertenencia de todas las personas al sistema<sup>6</sup>, mediante la inserción en una de dos categorías<sup>7</sup>: la de los afiliados o la de los vinculados. Los primeros pueden hacer parte del régimen contributivo, al cual pertenecen las personas con un vínculo laboral en el sector público o privado, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias, o del régimen subsidiado, mediante el cual se afilia a la población sin posibilidades económicas para acceder al régimen contributivo.

En cuanto a los participantes vinculados, se trata de personas que debido a su precaria situación económica y mientras logran ingresar al régimen subsidiado, reciben los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y privadas que para tal efecto tengan contrato con el Estado.

Ahora bien, la gama de servicios a la que como consecuencia de su inserción en el Sistema tienen derecho los afiliados, es definida en el Plan Obligatorio de Salud - P. O. S - y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado - P. O. S. S. - . Para gozar de tales prestaciones, tanto los

cotizantes como los beneficiarios del sistema en uno y otro régimen, están sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles, éstos últimos llamados también copagos. En cuanto al propósito de estas medidas señala el artículo 187 de la ley 100 de 1993:

“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.”

Con el ánimo de proporcionar mayor claridad al respecto, cabe señalar que, se entiende por cuotas moderadoras, aquellos pagos que tienen por objeto regular la utilización de los servicios de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral<sup>8</sup>, y por copagos, los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y que tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema<sup>9</sup>. Las primeras, son exigibles a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los segundos, sólo pueden imponerse a los beneficiarios<sup>10</sup>.

La constitucionalidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 fue estudiada por la Corte en sentencia C-542 de 1998, pronunciamiento en el cual se sostuvo la exequibilidad de la norma en relación con cada uno de los fines propuestos para los pagos<sup>11</sup>. Así, en cuanto a la imposición de pagos moderadores a los afiliados cotizantes, se consideró que:

“La norma es exequible en cuanto busca racionalizar el servicio, es decir, lograr que los usuarios sólo acudan a él cuando realmente lo necesiten y se abstengan así de congestionar inoficiosamente los centros de atención y el tiempo del personal médico y asistencial. Como su nombre lo indica, estos pagos y cuotas no implican que el Estado traslade a los usuarios las cargas económicas de los servicios que se prestan, sino que representan un mecanismo pedagógico sobre la utilización de los mismos (...)”

Ahora bien, en cuanto a la finalidad de financiación del P. O. S. que persiguen estos pagos en relación con los afiliados beneficiarios, esta Corporación los encontró justificados como desarrollo del principio constitucional de solidaridad:

“Como se ha advertido, el fin social del Estado, además de asegurar la prestación del servicio de salud, supone una redistribución de los recursos, económicos, administrativos, humanos,

institucionales, etc. con que cuenta el sistema de seguridad social en salud, para que todos puedan tener acceso al mismo y obtener la atención en los distintos niveles referidos; esto, en un Estado con limitaciones económicas como el nuestro, donde la carga de su financiación no puede ser exclusivamente estatal, determina que la sociedad y los particulares participen, en la medida de su capacidad económica individual y con esfuerzo en la misma, para poder ofrecer a todos el servicio en condiciones que realcen su dignidad humana y permitan destinar una especial atención y protección de las personas menos favorecidas. La vigencia de un esquema de participación de la sociedad en los cometidos estatales de orden social, así diseñado, facilita la realización material de un orden justo, basado en el respeto a la dignidad humana, mediante la efectividad del compromiso solidario por parte de todos.”

En los anteriores términos, la Sala Plena reconoció la legitimidad e idoneidad de los fines propuestos por la norma. Ahora bien, en cuanto a su proporcionalidad en sentido estricto, el fallo en comento entiende que ésta se garantiza en cuanto, a la luz de la parte final del artículo 12 y la regulación que la desarrolla, a saber el Acuerdo 30 de 1995, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y hoy derogado por el acuerdo 260 de 2004 proferido por el mismo organismo, la cuantía del pago se fija en atención a la estratificación socioeconómica y la capacidad económica del afiliado.

Pese a lo anterior, consideró esta Corporación en dicha ocasión, que la proporcionalidad puede romperse en los casos en los cuales el afiliado no cuente con los recursos necesarios para asumir el pago moderador y en tal sentido, se vea privado de alguno de los servicios a los que tiene derecho por estar incluidos en el P. O. S o en el P. O. S. S. -según se encuentre afiliado al régimen contributivo o al régimen subsidiado de salud-. Por tal motivo, y con la intención de evitar que la norma sub examine sirviera como fundamento de posibles vulneraciones a los derechos fundamentales, la Corte decidió condicionar la constitucionalidad de la misma bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras 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 esta forma, en los casos en los cuales la imposición de una cuota moderadora o un

copago, constituya una carga excesivamente onerosa para el afiliado de cara a su capacidad económica, las entidades encargadas de brindar la atención no pueden negar la prestación so pretexto de la no verificación de tal pago. Exigencia que, de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia que se viene comentando, debe entenderse inserta en el tenor literal del artículo 187 de la ley 100 de 1993.

Con fundamento en la misma consideración, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en sede de tutela<sup>13</sup> que, en los casos en los cuales la imposición de pagos moderadores constituya un obstáculo para el goce de los derechos fundamentales a la salud, la vida o la integridad física, procede la inaplicación de la norma del artículo 187 de la ley 100 de 1993 y la aplicación directa de la Constitución, para de esta forma, obligar a la entidad encargada a prestar el servicio, practicar el procedimiento o entregar el medicamento, relevando a la persona de la obligación de cancelar la cuota moderadora o copago que de conformidad con la ley le correspondería.

En esta oportunidad, la Sala considera necesario precisar que en estricto sentido, cuando se impone a la E. P. S. o a la A. R. S. la obligación de brindar la atención requerida por el paciente afiliado a ella, pese al no pago de la cuota moderadora o copago, en atención a la incapacidad económica del afectado, no se está inaplicando la norma del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad. Sino que por el contrario, se está poniendo en práctica el aparte que pasó a integrar esta norma a partir del fallo que estudio su exequibilidad. Y es que, carecería de sentido establecer por vía de excepción -aplicable solo al caso sujeto a decisión- la protección de los derechos a la vida, la integridad física y a la salud, en los casos en que la imposición de un pago moderador constituya un obstáculo para el goce de los mismos, cuando esta Corporación ya ha dejado plasmada, con efectos erga omnes, que en tales casos, la E. P. S. o A. R. S. no puede condicionar la prestación del servicio al pago moderador.

Vistas así las cosas, una vez se ha determinado la falta de capacidad económica del afiliado para asumir el pago moderador, se torna ilegítimo el cobro del mismo como condición para acceder a la prestación requerida, pues el mandato de proteger, en estas circunstancias, los derechos fundamentales del afiliado se impone, a la luz no sólo de la Constitución, sino del mismo artículo 187 de la ley 100 de 1993 y más exactamente de la norma derivada de tal disposición que se declaró ajustada a la Carta en Sentencia C-542 de 1998.

Con el propósito de proteger en forma efectiva los derechos a la vida, la integridad física y la salud de quienes por las especiales circunstancias en las que se encuentran, no pueden cumplir con requerimientos de tipo económico y en consecuencia son privados del acceso a servicios médicos, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido una serie de criterios tendentes a determinar los casos en los que procede la exoneración respecto de este tipo de obligaciones. A saber:

- i. Que el servicio, procedimiento o medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E. P. S. (en el caso de los afiliados al régimen contributivo), a la A. R. S. (en el caso de los afiliados al régimen subsidiado) o la entidad territorial (en el caso de las personas vinculadas al sistema de salud).
- ii. Que la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien los requiere.
- iii. Que el interesado no tiene la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes.

En relación con el segundo de estos requisitos cabe anotar que este es aplicable solo en aquellos casos en los que, de conformidad con lo expuesto en el numeral 2.1 de estas consideraciones, se requiera la conexidad del derecho a la salud con la vida o la integridad física, para predicar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección. Mientras que, en las hipótesis en las cuales, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la salud pueda ser considerada un derecho fundamental autónomo, bastará acreditar la necesidad del servicio, procedimiento o medicamento para garantizar la salud del sujeto, situación que se deduce con facilidad del hecho de que el médico tratante haya ordenado tal prestación.

Mayor relevancia, respecto del caso objeto de estudio en esta ocasión, reviste el tema de la prueba de la incapacidad económica del interesado de cara al pago de copagos y cuotas moderadoras. Al respecto, existen también claros criterios dirigidos a establecer dicho requisito, plasmados en varias subreglas que fueron puestas de presente en Sentencia T -

683 de 2003 de la siguiente forma:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.”

Con fundamento en las anteriores consideraciones, emprenderá esta Sala de revisión el análisis del caso concreto.

### 3. Caso concreto

En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, Amparo Hidalgo Gallego, mujer de 61 años de edad, afiliada como beneficiaria de su hijo Diego Leonardo Mojica Hidalgo a COMPENSAR E. P. S. solicita le sean practicadas las cirugías de Safenovaricectomía, Timpanoplastia con reconstrucción de cadena ósea y Hernirrafía Inguinal Bilateral #2, ordenadas por médicos tratantes de distintas especialidades adscritos todos ellos a la E. P. S. a la cual se encuentra afiliada, sin que para tal efecto, le sea impuesta la cancelación de los copagos que en relación con tales intervenciones prevé la ley.

En relación con la segunda de esta intervenciones, cabe anotar que si bien es cierto, la

actora no ha solicitado a COMPENSAR E. P. S. la programación de la misma, del escrito de tutela surge con claridad que la peticionaria pretende que aquella se lleve a cabo, pero no ha solicitado su autorización debido a que no cuenta con los recursos económicos necesarios para cubrir el copago que en tal caso le sería impuesto, razón por la cual, decidió acudir directamente a la acción de tutela como mecanismo para la protección de sus derechos.

Como fundamento de su pretensión alega la actora, además de la amenaza de sus derechos a la salud y a la vida, su incapacidad para efectuar los pagos antes mencionados, por cuanto, no recibe ingreso ni renta alguna y subsiste gracias a la colaboración de su hijo, quien además de la atención de sus padres tiene a su cargo diversas obligaciones crediticias y el sostenimiento de su propio hogar.

De conformidad con lo expuesto líneas atrás, el derecho a la salud del que son titulares los adultos mayores, es considerado fundamental per se, por ende, para hacer procedente su protección a través de la acción de tutela no se requiere alegar la conexidad del mismo respecto de la vida o la integridad física del peticionario. Así, en este caso es claro que la no práctica de las intervenciones quirúrgicas anteriormente enlistadas amenaza el derecho fundamental a la salud de quien en este caso solicita el amparo.

Pese a que el argumento con fundamento en el cual los jueces de instancia negaron la protección demandada fue la ausencia de prueba de la incapacidad económica, no encuentra esta Sala justificación alguna frente a tal conclusión, puesto que, de conformidad con las subreglas antes trascritas, la simple afirmación que en tal sentido ofrezca el actor invierte la carga de la prueba respecto de los medios económicos necesarios para asumir el costo de los copagos. La Entidad Promotora de Salud cuenta con información suficiente en relación con las condiciones socioeconómicas de sus afiliados que le permitiría acreditar la capacidad de pago de los mismos, lo cual sin embargo, no ocurrió en este caso. En tal sentido, debe entenderse probada la carencia de recursos por parte de la peticionaria, no sólo con base en la regla probatoria atinente a las afirmaciones indefinidas, sino adicionalmente, como producto del análisis de dos hechos indicadores: el no encontrarse afiliada al sistema como cotizante en calidad de pensionada y el que para la atención en salud de su esposo, adulto mayor de 67 años de edad, se haya requerido un fallo de tutela que lo exonerara de todo pago moderador, estas dos circunstancias permiten a la Sala deducir la carencia de recursos a la que se encuentra cometida la accionante.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la obligación de cancelar los copagos tampoco puede ser asumida por el hijo de la peticionaria, por cuanto, pese a que cuenta con ciertos ingresos, éstos se encuentran comprometidos en la atención de créditos de vivienda y educación, así como en la manutención de su menor hija. Y en todo caso, resultan insuficientes frente al valor de los copagos necesarios para las cirugías y demás cuotas moderadoras necesarias para el tratamiento integral de las patologías que padece la accionante. En consecuencia, trasladar esta responsabilidad a Diego Leonardo Mojica, implicaría afectar en forma desproporcionada el derecho al mínimo vital de su núcleo familiar más próximo. Al respecto ha considerado este Tribunal que:

“(E)l requisito jurisprudencial expuesto sobre la insuficiencia de recursos económicos no se considera insatisfecho por el simple hecho que el afectado tenga algún ingreso, sino que debe acreditarse que éste es suficiente para sufragar el valor del tratamiento o fármaco requerido y, a su vez, permite financiar las demás condiciones materiales necesarias para garantizar la subsistencia. Esto porque es inadmisibles aceptar que con el objeto de solventar los gastos propios de la atención en salud indispensable para el ejercicio cierto de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad física, deba afectarse el mínimo vital del paciente y su núcleo familiar dependiente. En este sentido, la función del juez constitucional no concluye con la comprobación de la existencia del recurso económico percibido por el actor, sino que es su deber verificar, con base en las condiciones particulares de aquél, si el pago de los gastos relacionados con el suministro del medicamento o la práctica del procedimiento médico resulta compatible con el mantenimiento de los requerimientos materiales destinados a la subsistencia en condiciones aceptables y armónicas con el principio de dignidad humana.”

Con base en los argumentos anteriores, esta Sala considera suficientemente acreditado en el caso sub examine (i) la vulneración del derecho fundamental a la salud del cual es titular la peticionaria en su calidad de sujeto de especial protección, (ii) la necesidad de las intervenciones quirúrgicas prescritas por los médicos adscritos a la E. P. S. a la cual ella se encuentra afiliada y el posterior tratamiento necesario para su recuperación y (iii) la incapacidad económica de la accionante y de su grupo familiar para asumir los costos que por concepto de cuotas moderadoras y copagos requiere la E. P. S., sin que tal carga menoscabe el mínimo vital de quienes lo integran.

En consecuencia, se tutelar  el derecho fundamental a la salud de la peticionaria, ordenando a COMPENSAR E. P. S. efectuar las intervenciones quirúrgicas y proporcionar los medicamentos y demás servicios médicos necesarios para la atención integral de las patologías que padece, sin que para el efecto le sea impuesta la obligación de cancelar pago moderador alguno.

## V. DECISION

### RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas en el proceso de la referencia por el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá y por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud de la señora Amparo del Rosario Hidalgo Gallego.

Segundo.- ORDENAR a COMPENSAR E. P. S. que, dentro de las siguientes cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, programe las cirugías de Safenovaricectomía y fleboextracci n, Timpanoplastia con reconstrucción de cadena ósea y Hernirrafía Inguinal Bilateral #2 proporcionando a la señora Amparo del Rosario Hidalgo Gallego todos los demás servicios, procedimientos y medicamentos que, de conformidad con los dictámenes de los médicos tratantes, resulten necesarios para la atención de las patologías tratadas con dichas intervenciones, sin condicionar tales prestaciones a pago alguno por concepto de copagos o cuotas moderadoras.

Tercero.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Así se señaló entre otras en las sentencias T-544 de 2002 y T-304 de 2005.

2 Sentencia T-491 de 1992.

3 Ver en tal sentido las sentencias SU- 819 de 1999, T - 859 de 2003, T-655 de 2004 y T-697 de 2004.

4 Ver sentencias T-1081 de 2001, T-004 de 2002, T-850 de 2002, T- 111 de 2003, T-859 de 2003 y T-655 de 2004 y T- 666 de 2004.

5 Sentencia T-655 de 2004.

6 Artículo 153 Numeral 2o de la ley 100 de 1993.

7 Artículo 157e la ley 100 de 1993.

8 Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud Artículo 1º.

9 Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud Artículo 2º.

11 Similar contenido normativo fue analizado por esta Corporación en la Sentencia C-089 de 1.998., al estudiar la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 352 de 1.997 que reestructuró el Sistema de Salud y dictó otras disposiciones para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en donde se avaló el señalamiento de los pagos compartidos y las cuotas moderadoras, para los beneficiarios de dichos organismos, con el mismo fin de racionalizar el uso de los servicios de salud, bajo unos condicionamientos especiales, cuyos criterios se reiteran en esta oportunidad.

12 « (...) 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.” El aparte subrayado fue declarado inexecutable en sentencia C-542 de 1998.

13 Ver entre otras las sentencias T- 328 de 1998, T- 617 de 2004, T- 666 de 2004, T- 695 de 2005, T- 101 de 2006, T-540 de 2006, T-567 de 2006, T-973 de 2006, T-169 de 2007.