

## Sentencia T-158/08

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Caso en que joven llegó a mayoría de edad pero se encontraba enfermo

DERECHO A LA SALUD Y CAPACIDAD ECONOMICA-Subregla a aplicar en caso de copago, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o pago de porcentaje

Es posible concluir que en materia de copagos y cuotas moderadoras, es indispensable atender a la capacidad económica de los afiliados y al tipo de tratamiento, medicamento o procedimiento sobre el cual se pretende aplicar el pago moderador, puesto que, en ocasiones, además de estar de por medio el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, también puede afectarse el mínimo vital del afiliado o de su familia, toda vez que, aún cuando el servicio sea prestado, exigir con posterioridad la cancelación de un copago cuando éste supera el nivel de ingresos del usuario, trae como consecuencia un detrimento grave del patrimonio económico de quien está obligado a pagar.

INCAPACIDAD ECONOMICA Y CARGA PROBATORIA-Reglas CAPACIDAD ECONOMICA DE PERSONA ENFERMA-Reglas probatorias empleadas por la Corte Constitucional/DERECHO A LA SALUD-Prueba de la incapacidad económica para asumir costo del medicamento

Dada su importancia, esta Corporación se ha pronunciado sobre la carga probatoria de la incapacidad económica concluyendo que corresponde al accionante poner en conocimiento del juez de tutela su escasez de recursos y si es posible ofrecer pruebas de ello. Sin embargo, una vez el actor comunica su falta de recursos, aunque sea de forma indefinida, la carga probatoria se invierte, correspondiendo a la entidad accionada probar que quien instaura la acción cuenta con la capacidad económica suficiente, bien sea para costear los servicios médicos que necesita o para acudir al mecanismo de defensa ordinario, sin que se vea afectado su mínimo vital. Igualmente, el juez de tutela tiene como obligación realizar las pesquisas que considere pertinentes y conducentes en el sentido de establecer si lo manifestado por las partes está ajustado a la realidad. Lo precedente se concreta en una serie de reglas probatorias que se exponen concretamente en la Sentencia T-683 de 2003.

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD Y REGIMEN DE COPAGOS

Tratándose de una persona afiliada al régimen subsidiado de seguridad social en salud o de un participante vinculado, es viable presumir la falta de capacidad económica, ya que uno de los requisitos para acceder a tal régimen es precisamente la escasez de recursos que se determina a través de una encuesta en la que tienen relevancia aspectos como los ingresos, egresos, situación de vivienda, nivel de educación y otros que permiten colegir el nivel social de quienes la presentan.

DERECHO A LA SALUD DE JOVEN Y SOLICITUD DE NO TRASLADO DE IPS-Caso en que no procede acceder a esto por cuanto no hay prueba de donde se concluya pretensión de trasladarlo

Los pagos moderadores encuentran su justificación en el objetivo que persiguen cual es ayudar a financiar el sistema de seguridad social en salud y racionalizar el uso de este servicio público sin que, por mandato expreso de la ley, sea posible exigir su cancelación previa para acceder a la atención médica demandada, puesto que no se trata de un requisito sine qua non. Es evidente para la Sala que, aun cuando la adopción de copagos y cuotas moderadoras como barreras para el acceso a los servicios de salud está prohibida por la ley, las entidades promotoras de salud continúan imponiendo esa carga desproporcionada a sus afiliados o, en otros casos, exigiendo la suscripción de títulos ejecutivos para garantizar su cancelación a pesar de estar al tanto de la falta de recursos económicos de algunos de sus usuarios. Así pues, esta Corporación ha considerado oportuno indicar que cuando quiera que una persona no tenga capacidad de pago suficiente y necesite un procedimiento o tratamiento médico sujeto a copago o cuota moderadora, la E.P.S-S deberá proceder a su prestación y a su cubrimiento total, mientras que, tratándose de una persona con capacidad de pago, pero sin la posibilidad de desembolsarlo previamente, podrá realizar acuerdos de pago que garanticen la asunción de la obligación. Dicha distinción no tiene otro propósito que garantizar, en primer lugar, el efectivo acceso al servicio de salud y, en segunda medida, evitar una afectación del mínimo vital de quienes, sin siquiera contar con los recursos necesarios para atender sus requerimientos básicos, se ven obligados a cancelar sumas de dinero que, aunque están ajustadas a lo dispuesto en la ley, les resultan demasiado onerosas por su condición de pobreza. Conforme con lo anterior, para esta Sala es claro que la situación de la señora se encuadra dentro del supuesto de quienes no tienen capacidad de pago suficiente, pues ella informa que es una mujer cabeza de familia, desempleada y de escasos recursos económicos que, además, pertenece al Régimen Subsidiado en Salud en el

nivel 2 del SISBEN. Adicionalmente, las precedentes afirmaciones no fueron controvertidas por ninguna de las entidades vinculadas al presente proceso de tutela, de donde se desprende que, efectivamente, la actora y su hijo, se hallan en una situación precaria y de debilidad manifiesta.

Referencia: expediente T-1.710.996

Accionante: Jacqueline Escobar en representación de su hijo Michael Andrés Morante Escobar

Demandado: Secretaría de Salud Municipal de Santiago de Cali, Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca y CALISALUD E.P.S-S

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil ocho (2008)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cali - Valle del Cauca-, dentro de la acción de Tutela instaurada por Jacqueline Escobar, en representación de su hijo Michael Andrés Morante Escobar, contra la Secretaría de Salud Municipal de Cali, la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca y CALISALUD E.P.S-S.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La solicitud

La actora Jacqueline Escobar promovió acción de amparo constitucional solicitando la protección de los derechos fundamentales a la vida y la salud de su hijo Michael Andrés

Morante Escobar.

## 2. Reseña Fáctica

2.1. La accionante y su hijo pertenecen al régimen subsidiado en salud nivel 2 a través de CALISALUD A.R.S. desde el 1 de diciembre de 2004.

2.2. El 17 de marzo de 2007, el joven Michael Andrés Morante Escobar fue remitido a la Clínica Santiago de Cali luego de presentar la enfermedad grave denominada leptospirosis que a su vez generó otras patologías como síndrome hemofagocítico, neumonía y traqueostomía.

2.3. La señora Escobar señala que, a la fecha de presentación de la tutela, Calisalud E.P.S-S ha brindado la atención médica necesaria para tratar la enfermedad de alto costo que padece su hijo.

2.4. No obstante lo anterior, la actora indica que el día 13 de junio de 2007 realizó un abono de trescientos cuarenta y tres mil ciento sesenta y ocho pesos (\$343.168) a favor de la Clínica Santiago de Cali por concepto de copago o cuota moderadora.

## 3. Consideraciones de la parte actora

Sostiene la peticionaria que es una persona de escasos recursos económicos, madre cabeza de familia y desempleada, por lo que no cuenta con los recursos suficientes para sufragar las cuotas moderadoras o copagos que se generen por la atención médica que requiera su hijo en razón a la enfermedad que padece. Por lo anterior, señala que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

Así mismo, aduce que los médicos especialistas de la Clínica Santiago de Cali ordenaron un cuidado especial para su hijo Michael Andrés Morante Escobar dadas sus condiciones de salud y por tal motivo, solicita ser exonerada de las cuotas moderadoras que se deriven de servicios intermedios y de hospitalización.

## 4. Pretensiones de la demandante

Solicita la accionante que se ordene a CALISALUD E.P.S-S expedir autorización de servicios a

la Clínica Santiago de Cali, con el fin de que se brinden los tratamientos, procedimientos, medicamentos e insumos que requiera su hijo, sin que se vea obligada a pagar cuotas moderadoras o copagos. Así mismo, que el joven Michael Andrés Morante Escobar sea atendido en la Clínica Santiago de Cali, como quiera que ésta cuenta con todas las especialidades.

Finalmente, la señora Escobar solicita como medida previa que se ordene a Calisalud E.P.S-S (1) expedir orden de servicios para enfermedad de alto costo donde se excluya el cobro de copagos y (2) abstenerse de trasladar a su hijo a una institución distinta a la Clínica Santiago de Cali, pues su salud está en riesgo.

## 5. Respuesta de la entidad accionada

### 5.1. Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali

Aduce la entidad que una vez verificada la base de datos del Régimen Subsidiado que maneja el Grupo de Seguridad Social de la Secretaría, se encontró que la señora Jacqueline Escobar no aparece encuestada ni afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud Subsidiada del Municipio de Santiago de Cali.

De otro lado, señala que si los servicios pretendidos por la accionante no están contemplados dentro del P.O.S., la entidad competente para prestarle la atención es la Secretaría Departamental del Valle del Cauca a través de las I.P.S con las cuales tenga convenio.

Finalmente, hace hincapié en que de acuerdo con la Ley 10 de 1990, la atención requerida por el hijo de la accionante debe ser prestada por el Departamento del Valle del Cauca, como quiera que hace parte del nivel III de servicios y al municipio únicamente le corresponde el nivel I de atención.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita dirigir la tutela a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca.

### 5.2. Calisalud E.P.S-S

Señala que el hijo de la accionante padece la enfermedad grave denominada leptospirosis, patología que no se encuentra contemplada dentro del plan de beneficios del régimen

subsidiado.

Manifiesta que la atención hospitalaria de cuidados intensivos que le ha sido prestada al joven Michael Andrés Morante Escobar se encuentra cubierta, sin que exista obligación de copagos, por tratarse de un servicio con cargo a los recursos que administran las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado.

Prosigue la entidad aseverando que frente a la petición relacionada con la expedición de órdenes de servicios que cubran el 100% de la enfermedad, sin que tenga que pagar cuotas moderadoras o copagos por servicios intermedios y hospitalización, cabe resaltar el marco normativo previsto por el Acuerdo 260 de 2004, el cual en su artículo 11 establece las contribuciones de los afiliados dentro del régimen subsidiado, es decir, el porcentaje de copago que deben cancelar de acuerdo al nivel de SISBEN en el que fueron ubicados.

De otro lado, aduce que Calisalud E.P.S-S en todos los casos en que no puede cubrir servicios por encontrarse fuera del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, procede a informar a los usuarios de los mecanismos con que cuentan para dar continuidad al servicio, remitiéndolos a la Secretaría Departamental de Salud o a las instituciones con las que la entidad tiene contrato para que el servicio sea proporcionado con cargo al subsidio a la oferta.

Conforme con lo anterior, la accionada considera que el joven Michael Andrés Morante Escobar no se encuentra desprotegido en cuanto a la autorización de lo requerido para su patología, ya que existe un mecanismo que brinda continuidad en la prestación del servicio público de la salud, respecto de lo no contemplado en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, y establece la complementación de los servicios a cargo de los recursos del subsidio a la oferta, de modo que corresponde a la Secretaría Departamental de Salud prestar los tratamientos o procedimientos que se deriven de patologías excluidas del P.O.S-S a través de las instituciones públicas o privadas con las que tenga contrato de prestación de servicios.

Finalmente, señala que una vez se determina que la responsabilidad de la prestación del servicio está a cargo de la Secretaría Departamental de Salud y que ésta puede asumir la atención médica, puede brindarse la continuidad del servicio sin que con ello se afecte la salud del afectado.

Como petición especial solicita se vincule a la Secretaría Departamento de Salud y se disponga que sea ésta quien asuma la autorización de lo requerido por el peticionario.

## 1. Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca

Inicia su disertación sosteniendo que el joven Michael Andrés Morante Escobar se encuentra vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de afiliado a Calisalud E.P.S-S con "SUBSIDIO TOTAL".

Aduce la entidad que según la jurisprudencia constitucional, en el trámite de la acción de tutela la opinión del médico tratante respecto del servicio médico que se le debe suministrar al paciente, prevalece sobre la de los funcionarios administrativos de las E.P.S o E.P.S-S e incluso sobre el Comité Técnico Científico, ya que es el médico quien tiene los elementos científicos precisos para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio determinado.

Señala que a la Secretaría de Salud Departamental le corresponde atender a la población pobre y vulnerable no asegurada (es decir aquella que no está afiliada ni al régimen contributivo ni al subsidiado), con los recursos del Sistema General de Participaciones y a través de las instituciones prestadoras de servicio de salud con las cuales tiene contrato.

Por último, manifiesta que de acuerdo con la Resolución No. 2933 de agosto de 2006 (por medio de la cual se reglamentan los comités técnico-científicos y el procedimiento de repetición contra el FOSYGA), Calisalud E.P.S-S está facultada para proporcionar atención médica excluida del P.O.S-S y posteriormente presentar solicitud de recobro ante el FOSYGA, prerrogativa con la que no cuenta la Secretaría de Salud Departamental por tratarse de una entidad que no presta servicios de salud.

## II. DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA

### 1. Sentencia única de instancia

El Juez Quinto Penal Municipal de Cali, mediante sentencia del cinco (5) de julio de dos mil siete (2007) negó el amparo invocado argumentando, en primer lugar, que se trata de un conflicto jurídico y económico, dado que lo pretendido por la accionante es la exoneración de

copagos y cuotas moderadoras por parte de Calisalud E.P.S-S. En segundo lugar, indica que no advierte la afectación a ningún derecho fundamental, ya que la accionada informó que al joven Michael Andrés Morante Escobar se le ha proporcionado la atención integral que requiere.

De otro lado, manifiesta que la señora Escobar puede demandar el Acuerdo 260 de 2004 para que, en el nivel en que se encuentre calificada, se le exonere de copagos y cuotas moderadoras, es decir, que cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, por lo que el juez de tutela no es competente para resolver este asunto.

Acorde con lo anterior, el juzgador de instancia considera que la acción de tutela no es el medio idóneo para solucionar la controversia planteada en el caso sometido a su consideración.

La decisión adoptada por el Juez Quinto Penal Municipal de Cali no fue impugnada por ninguna de las partes.

2. Material Probatorio relevante en el caso.

2.1. Historia Clínica del joven Michael Andrés Morante Escobar.

2.2. Recibo de caja por valor de trescientos cuarenta y tres mil ciento sesenta y ocho pesos (\$343.168) expedido por la Clínica Santiago de Cali.

2.3. Carné de afiliación a Calisalud E.P.S-S del joven Morante Escobar.

### III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

## 2.1. Legitimación activa

Si bien la señora Jacqueline Escobar instauró la acción de tutela en representación de su hijo Michael Andrés Morante Escobar, de las pruebas allegadas al expediente, se desprende que para la fecha de presentación de la acción el joven Morante Escobar ya había cumplido la mayoría de edad, razón por la cual la representación de la accionante carece de asidero jurídico.

No obstante lo anterior, y dadas las condiciones de salud de Michael Andrés Morante Escobar, en el caso bajo estudio puede entenderse que la actuación de la accionante se enmarca dentro de la figura de la agencia de derechos ajenos. Al respecto, el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. En desarrollo de esta disposición, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 10 establece que es posible 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".

En el presente caso, aún cuando la señora Escobar equivocó la calidad en la cual actuaba en la acción de tutela y por tanto no justificó la agencia de derechos, en aras de proteger los derechos fundamentales del joven Morante Escobar y como quiera que de los hechos se concluye que para la fecha en que se formuló la acción se encontraba en delicado estado de salud, es posible predicar en este caso que la actora actuó como agente oficiosa de su hijo y que, por tanto, se hallaba legitimada para presentar la tutela.

## 2.2. Legitimación pasiva

La empresa demandada es una entidad de carácter particular que se ocupa de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

## 3. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si Calisalud E.P.S-S vulneró los derechos fundamentales

a la salud y a la vida en condiciones dignas del joven Michael Andrés Morante Escobar al cobrar copagos y cuotas moderadoras derivadas de la prestación de los servicios médicos requeridos por el afectado.

Sobre el asunto, se estudiará jurisprudencia constitucional y normatividad relacionada con copagos, cuotas moderadoras, Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud e incapacidad económica.

#### 4. Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud.

La Carta Política define a la salud como un servicio público a cargo del Estado quien tiene la obligación de organizar, dirigir y reglamentar su prestación conforme a los principios de eficacia, eficiencia, solidaridad, celeridad y progresividad. Igualmente, la salud se concibe como un derecho de carácter prestacional, pues requiere de una reglamentación y disposición presupuestal para su ejecución, no obstante que en el caso de los niños y de los sujetos de protección especial del Estado, por expresa disposición constitucional y como consecuencia de su condición de indefensión, tiene naturaleza fundamental.

De la misma manera, la salud se halla comprendida dentro del derecho a la seguridad social, derecho que fue desarrollado a través de la Ley 100 de 1993 que dispuso la creación de dos regímenes para la atención en salud, cuales son: el contributivo y el subsidiado. El primero de ellos está diseñado para aquel sector de la población que cuenta con capacidad de pago suficiente, mientras que el segundo tiene como fin permitir que las personas sin capacidad económica puedan acceder al servicio público de salud a través de subsidios que se financian con recursos de las entidades territoriales, del sistema de participaciones y del fondo de solidaridad y garantía.

Para acceder al régimen subsidiado en salud es perentorio ingresar al Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), lo que se logra mediante la realización de una encuesta en la que se incluye una serie de preguntas relacionadas con la vivienda, el empleo, el nivel de educación, el acceso a servicios públicos domiciliarios, entre otras variantes que permiten ubicar a un grupo familiar dentro de un nivel de pobreza predeterminado, de forma que quienes se sitúen en los niveles 1, 2 y 3 tienen derecho a pertenecer al régimen subsidiado y a la consecuente asignación de una empresa promotora de salud.

En el régimen subsidiado, los servicios se prestan conforme a un plan de beneficios<sup>1</sup>, correspondiendo a las empresas promotoras de salud de dicho régimen brindar todos aquellos tratamientos, procedimientos y medicamentos que se encuentren contemplados en él. En aquellas oportunidades en las que el afiliado requiera un servicio médico que exceda el plan, concierne a las entidades territoriales, por regla general, autorizar su prestación a través de las entidades públicas o privadas con las cuales tenga convenio. Ahora bien, excepcionalmente y cuando (i) en virtud del principio de continuidad del servicio, (ii) de las condiciones de salud del afiliado y (iii) de la urgencia del tratamiento, procedimiento o medicamento solicitado, resulte demasiado gravoso exigir al afectado o a su familia que agoten el trámite ante la respectiva entidad territorial<sup>2</sup>, las E.P.S-S deben proceder a su prestación y posteriormente estarán facultadas para recobrar ante el FOSYGA por los costos en que incurran.

Se trata, entonces, de evitar que aquellos que no cuentan con la capacidad económica suficiente para afiliarse al régimen contributivo o a planes de salud complementarios encuentren en su escasez de recursos un obstáculo para acceder a aquellos servicios médicos que necesitan para mantener su salud estable y gozar de una vida en condiciones dignas.

##### 5. Copagos y Cuotas Moderadoras. Reiteración de Jurisprudencia.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 187 dispone que “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”. Dicha norma fue desarrollada en el Acuerdo 260 de 2004 que definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. A continuación, se precisarán sus conceptos y su alcance dentro del régimen subsidiado y el régimen contributivo.

Se entiende por copagos los aportes en dinero que equivalen a un porcentaje del costo total de un servicio demandado, siendo su finalidad ayudar a financiar el Sistema. El copago se aplica exclusivamente a los afiliados beneficiarios y su cálculo depende del régimen al que

pertenezca la persona. Así, dentro del régimen contributivo, el copago se obtiene de acuerdo al salario base de cotización sin que pueda exceder cierto porcentaje del salario mínimo legal mensual vigente por un mismo evento. Esta y otras limitaciones están taxativamente establecidas dentro del mismo Acuerdo. Ahora bien, los beneficiarios del régimen subsidiado deberán cancelar copagos conforme al nivel del SISBEN en el que han sido ubicados, estando exonerados de dicho pago compartido los indigentes, las comunidades indígenas y quienes pertenezcan al nivel 1 del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales.<sup>3</sup>

Por su parte, las cuotas moderadoras son aquellas que buscan regular la utilización del servicio de salud, incentivar su buen uso y promover la participación en los programas de atención integral ofrecidos por las E.P.S. Las cuotas moderadoras se aplican tanto a los afiliados cotizantes como a los beneficiarios y se calculan, para el régimen contributivo, conforme al salario base de cotización, pero aplicando porcentajes distintos a los establecidos en el Acuerdo para los copagos.

Los pagos compartidos están sujetos a una serie de principios de los cuales, para el caso concreto, resulta pertinente resaltar el de equidad: Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.<sup>4</sup> Una disposición de dicho nivel, propende por la protección de los derechos de los usuarios, derechos que pueden llegar a ser fundamentales si se tiene en cuenta que la salud está íntimamente ligada a la vida, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo, entre otros. Sobre el principio de equidad en materia de copagos y cuotas moderadoras, esta Corporación ha dicho:

“(…) el cobro de las cuotas moderadoras y pagos compartidos no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre<sup>5</sup>. En efecto, cuando los afiliados no tienen la suficiente capacidad económica para cubrir las cuotas moderadoras o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo y requieren los servicios de salud con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria, esta Entidad ha

entendido que los derechos fundamentales de las personas deben primar sobre cualquier otro tipo de derechos<sup>6</sup>, por lo que, ante el conflicto anteriormente descrito es claro que en estas situaciones debe inaplicarse la legislación y ordenar la prestación de los servicios excluidos (...)”<sup>7</sup>

Lo anterior implica que en cada caso, el juez deba determinar las circunstancias bajo las cuales se halla el accionante y de acuerdo con ellas establecer si resulta pertinente la inaplicación de la norma que exige la cancelación de copagos y cuotas moderadoras, ello por cuanto, en sí mismos, los pagos compartidos no resultan contrarios a la Constitución y sus preceptos, como quiera que facilitan la racionalización en el uso de los servicios y la correcta utilización social de los recursos administrativos. En efecto, esta Corporación en Sentencia C-542 de 1998 se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 y en esa oportunidad consideró que, al igual que ocurría en el Régimen Especial de las Fuerzas Militares, los copagos y cuotas moderadoras eran constitucionalmente admisibles dentro del Régimen General. Así, se reiteró lo siguiente:

“ <<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, y un grado razonable de contribución propia a la financiación de la actividad que cumple el ente, lo que encuentra sustento en el principio constitucional de solidaridad>>. (Subraya la Sala).”<sup>8</sup>

Así, dado que el estado Colombiano es un Estado Social de Derecho que tiene como uno de sus principios fundantes el de solidaridad, cada individuo debe contribuir en la medida de sus posibilidades a la financiación del Sistema sin que ello devenga necesariamente en una barrera al acceso a los servicios de salud, como quiera que no puede obligarse a lo imposible y, por consiguiente, resultaría desproporcionado exigirle a alguien que no cuente con recursos económicos suficientes, el cubrimiento del valor de un pago compartido y el aporte al Sistema como condicionamiento para la prestación de la atención médica que necesita.

Ahora bien, el Acuerdo 260 de 2004 señala taxativamente qué tipo de servicios están sujetos

a cuotas moderadoras (art. 6) y cuales están excluidos de copagos (art. 7). Sobre estos últimos haremos precisión, toda vez que son los aplicables a los afiliados del régimen subsidiado. El artículo 7 del mencionado Acuerdo dispone:

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

1. Servicios de promoción y prevención.
2. Programas de control en atención materno infantil.
3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles.
4. Enfermedades catastróficas o de alto costo.
5. La atención inicial de urgencias.
6. Los servicios enunciados en el artículo precedente”.

Entonces, en principio, todos aquellos servicios médicos que no estén señalados dentro de los numerales del artículo anteriormente citado, están sujetos a copagos. No obstante, esta Corporación ha expuesto dos situaciones excepcionales en las que, a pesar de tratarse de atención médica sujeta a copagos, resulta viable exonerar al usuario de su cancelación, con el objeto de proteger derechos fundamentales o conexos con éstos. Sobre el particular la Corte en Sentencia T-296 de 2006, entre otras, desarrolló dos reglas:

“Para determinar los casos en los cuales debe eximirse al afiliado del pago de las cuotas con el fin de garantizar el derecho constitucional a la salud, esta Corte ha desarrollado dos reglas: [1] Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.<sup>9</sup> [2] Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna <sup>10</sup>en obstáculo para

acceder a la prestación del servicio”

6. Incapacidad Económica. Carga de la Prueba. Presunción de falta de capacidad de pago. Reiteración de jurisprudencia.

La falta de capacidad económica resulta ser un requisito que determina la procedencia de la acción de tutela en casos como la autorización de medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud, reconocimiento o reliquidación de pensiones, licencias de maternidad, desplazados por la violencia y, por supuesto, exoneración de pagos compartidos y cuotas moderadoras.

Dada su importancia, esta Corporación se ha pronunciado sobre la carga probatoria de la incapacidad económica concluyendo que corresponde al accionante poner en conocimiento del juez de tutela su escasez de recursos y si es posible ofrecer pruebas de ello. Sin embargo, una vez el actor comunica su falta de recursos, aunque sea de forma indefinida, la carga probatoria se invierte, correspondiendo a la entidad accionada probar que quien instaura la acción cuenta con la capacidad económica suficiente, bien sea para costear los servicios médicos que necesita o para acudir al mecanismo de defensa ordinario, sin que se vea afectado su mínimo vital. Igualmente, el juez de tutela tiene como obligación realizar las pesquisas que considere pertinentes y conducentes en el sentido de establecer si lo manifestado por las partes está ajustado a la realidad.

Lo precedente se concreta en una serie de reglas probatorias que se exponen concretamente en la Sentencia T - 683 de 200311:

“(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”.

Ahora, otro aspecto que vale la pena resaltar es que, tratándose de una persona afiliada al régimen subsidiado de seguridad social en salud o de un participante vinculado, es viable presumir la falta de capacidad económica, ya que uno de los requisitos para acceder a tal régimen es precisamente la escasez de recursos que se determina a través de una encuesta en la que tienen relevancia aspectos como los ingresos, egresos, situación de vivienda, nivel de educación y otros que permiten colegir el nivel social de quienes la presentan.

## 7. Caso Concreto

La señora Jacqueline Escobar promovió acción de tutela invocando la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su hijo Michael Andrés Morante Escobar, quien padece la enfermedad denominada leptospirosis. La actora indicó que Calisalud E.P.S-S ha prestado todos los servicios requeridos por su hijo, aunque posteriormente tuvo que pagar un abono de copago o cuota moderadora derivado de la atención prestada. Dado lo anterior, la señora Escobar solicita la exoneración de copagos, como quiera que, según los médicos tratantes, su hijo demanda cuidados especiales y ella no se encuentra en condiciones de realizar desembolsos por concepto de los servicios médicos que le sean prestados.

Retomada la situación de hecho que motivó la presente acción de tutela, la Sala procederá a aplicar la jurisprudencia constitucional expuesta en los capítulos anteriores y resolverá el problema jurídico propuesto.

Previamente, cabe desatacar que en el caso bajo estudio, no se presenta una negación del acceso al servicio público de salud como consecuencia de la no cancelación de los pagos moderadores, ya que la señora Escobar fue clara al informar que la atención médica requerida por su hijo había sido proporcionada por Calisalud E.P.S-S. Igualmente, la entidad

accionada afirmó que el servicio de cuidados intensivos brindado al joven Morante Escobar no estaba sujeto a copagos o cuotas moderadoras debido a que se hallaba comprendido dentro de las prestaciones con cargo a los recursos administrados por las empresas promotoras de salud. Empero, dado el grave estado de salud del hijo de la accionante, la Sala considera pertinente pronunciarse acerca de la siguiente afirmación de la entidad accionada:

“En la etapa de transición, mientras se unifican los contenidos del POSS (Plan Obligatorio de Salud Subsidiado) con los del POS del Régimen Contributivo, aquellos beneficiarios del Régimen Subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POSS, tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las Instituciones Públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.

En tal sentido, el respectivo Ente Territorial, siendo en este caso, la Secretaría Departamental de Salud, debe asumir con cargo a los subsidios de la oferta, aquellas atenciones que se encuentren por fuera de la cobertura del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado a través de las Instituciones públicas o privadas con las cuales tenga contrato de prestación de servicios.” 12

Al respecto y a juicio de esta Sala, conviene señalar que si bien las pretensiones de la señora Escobar no van dirigidas a obtener por vía de tutela la autorización de un medicamento, procedimiento y tratamiento excluido del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado y que, en efecto, hasta el momento no se ha presentado un inconveniente de esa modalidad, de la afirmación citada emerge la posición que adoptará la empresa promotora de salud si llegara a configurarse el evento antes descrito.

Así pues, resulta sencillo concluir que, de necesitar el joven Morante Escobar alguna clase de servicio no contemplado en el P.O.S-S, tendría que someterse al dispendioso trámite de acudir ante la Secretaría de Salud Departamental para obtener la respectiva autorización, exigencia que no se compecede con su estado de salud, pues tal y como lo manifiesta Calisalud E.P.S-S, la enfermedad que sufre es grave y, por tanto, se colige que cualquier servicio debe prestarse en el menor tiempo posible.

Las anteriores disertaciones, llevan a que la Sala, para el caso concreto, adopte una medida preventiva, en el sentido de ordenar a la entidad accionada que preste al joven Michael Andrés Morante Escobar todos los servicios médicos que llegare a necesitar en razón de su enfermedad, sin oponer su exclusión del P.O.S-S y quedando facultada para recobrar ante el FOSYGA por los costos en que incurra.

Resuelto el asunto previo, se pasa a decidir acerca de la pretensión de exoneración de copagos y cuotas moderadoras. Tal y como se expuso en los capítulos anteriores, los pagos moderadores encuentran su justificación en el objetivo que persiguen cual es ayudar a financiar el sistema de seguridad social en salud y racionalizar el uso de este servicio público sin que, por mandato expreso de la ley, sea posible exigir su cancelación previa para acceder a la atención médica demandada, puesto que no se trata de un requisito sine qua non.

Es evidente para la Sala que, aun cuando la adopción de copagos y cuotas moderadoras como barreras para el acceso a los servicios de salud está prohibida por la ley, las entidades promotoras de salud continúan imponiendo esa carga desproporcionada a sus afiliados o, en otros casos, exigiendo la suscripción de títulos ejecutivos para garantizar su cancelación a pesar de estar al tanto de la falta de recursos económicos de algunos de sus usuarios.

Así pues, esta Corporación ha considerado oportuno indicar que cuando quiera que una persona no tenga capacidad de pago suficiente y necesite un procedimiento o tratamiento médico sujeto a copago o cuota moderadora, la E.P.S-S deberá proceder a su prestación y a su cubrimiento total, mientras que, tratándose de una persona con capacidad de pago, pero sin la posibilidad de desembolsarlo previamente, podrá realizar acuerdos de pago que garanticen la asunción de la obligación. Dicha distinción no tiene otro propósito que garantizar, en primer lugar, el efectivo acceso al servicio de salud y, en segunda medida, evitar una afectación del mínimo vital de quienes, sin siquiera contar con los recursos necesarios para atender sus requerimientos básicos, se ven obligados a cancelar sumas de dinero que, aunque están ajustadas a lo dispuesto en la ley, les resultan demasiado onerosas por su condición de pobreza.

Conforme con lo anterior, para esta Sala es claro que la situación de la señora Jacqueline Escobar se encuadra dentro del supuesto de quienes no tienen capacidad de pago suficiente, pues ella informa que es una mujer cabeza de familia, desempleada y de escasos recursos

económicos que, además, pertenece al Régimen Subsidiado en Salud en el nivel 2 del SISBEN. Adicionalmente, las precedentes afirmaciones no fueron controvertidas por ninguna de las entidades vinculadas al presente proceso de tutela, de donde se desprende que, efectivamente, la actora y su hijo Michael Andrés Morante Escobar, se hallan en una situación precaria y de debilidad manifiesta.

De tales circunstancias se infiere, entonces, que si un abono de \$343.168 por concepto de copago es una suma de dinero bastante significativa, incluso para una persona que cuenta con un trabajo estable, es innegablemente alta para una mujer desempleada y cabeza de hogar, de modo que la Sala comparte lo narrado por la actora sobre las implicaciones que pagos de dicho valor tendrían sobre su situación económica y la de su familia.

Así pues, como quiera que (i) la señora Escobar y su hijo son sujetos de protección especial del Estado en razón a su precaria situación económica, (ii) que la enfermedad que padece Michael Andrés Morante Escobar es grave y conlleva una serie de cuidados especiales; (iii) que a la accionante ya se le están cobrando sumas de dinero correspondientes a pagos moderadores derivados de los servicios de salud prestados y (iv) que el valor de los desembolsos genera una afectación de su mínimo vital, esta Sala exonerará a la actora del pago de cuotas moderadoras y copagos.

Con respecto a la pretensión de la señora Escobar dirigida a que se ordene a Calisalud E.P.S-S brindar todos los servicios que requiera el joven Morante Escobar en la I.P.S. Clínica Santiago de Cali, la Sala se pronunciara de forma desfavorable, puesto que no obra en el expediente prueba alguna de donde se concluya que la empresa accionada pretenda trasladar de I.P.S. al joven Morante Escobar. Así mismo, corresponde anotar que el traslado de institución no conlleva per se una afectación de derechos fundamentales, toda vez que para que ella se configure es necesario establecer que la I.P.S. en donde se pretender reubicar al paciente no cuenta con los recursos humanos y la infraestructura necesaria para atender las contingencias de salud que puedan presentarse, situación que, como se dijo, no ha ocurrido en el asunto bajo estudio.

Realizadas las anteriores consideraciones, la Sala ordenará a Calisalud E.P.S-S que cubra el costo total de los servicios que se deriven de la enfermedad leptospirosis padecida por el Michael Andrés Morante Escobar, sin exigir la cancelación de copagos o cuotas moderadoras

y sin negarse a brindar tratamientos o procedimientos por estar excluidos del P.O.S-S. De otro lado, negará la pretensión referida a la prestación de servicios en la Clínica Santiago de Cali, puesto que no se ofrecieron pruebas siquiera sumarias que muestren que efectivamente existe la posibilidad de un traslado de I.P.S. y que, de existir, con él se afecten los derechos fundamentales del hijo de la accionante.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Santiago de Cali - Valle- y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, la salud y el mínimo vital invocados por la señora Jacqueline Escobar como agente oficiosa de su hijo Michael Andrés Morante Escobar.

SEGUNDO: ORDENAR a Calisalud E.P.S-S que proceda a cubrir la totalidad de los servicios médicos que requiera el joven Michael Andrés Morante Escobar como consecuencia de la enfermedad que padece, sin exigir copagos y cuotas moderadoras por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a Calisalud E.P.S-S que preste los servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado que sean requeridos por Michael Andrés Morante Escobar en razón a la patología que presenta, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y sin perjuicio del posterior recobro que pueda ejercer ante el Fondo de Solidaridad y Garantía.

CUARTO: NEGAR la pretensión de la señora Jacqueline Escobar en cuanto a ordenar a Calisalud E.P.S-S que se abstenga de trasladar a Michael Andrés Morante Escobar a una I.P.S. distinta a la Clínica Santiago de Cali, por las razones señaladas a lo largo de esta providencia.

QUINTO: 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.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado se encuentra definido en el Acuerdo 306 de 2005.

2 Al respecto ver Sentencias T-662 de 2006 y T-1089 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-572 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-698 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

3 El Acuerdo 260 de 2004 en su artículo 11 establecía que quienes estaban ubicados en el nivel 1 del SISBEN debían cancelar un copago correspondiente al 5% del valor del servicio prestado. No obstante, la Ley 1122 de 2007 (artículo 11) modificó tal disposición y exoneró a este grupo poblacional de dicho pago.

4 Acuerdo 260 de 2004, Artículo 5 numeral 1°

5 Ver sentencias T-913 de 2006, T-407 de 2006 y T-1132 de 2001 entre otras.

6 Ver entre otras sentencias C-265 de 1994 y T-639 de 1997.

7 Sentencia T-042 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

8 Sentencia C-542 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara

9 En la sentencia T-743 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) esta Corporación resolvió tutelar los derechos a la vida y a la salud del accionante y en consecuencia, ordenar a la Secretaría de Salud Departamental de Santander que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, garantice al accionante el acceso a los servicios de salud que requiriera para el tratamiento del cáncer que le fue diagnosticado, indicando a la IPS correspondiente que se subsidiara el 100% del valor de tales servicios.

10 Al respecto ver Sentencias T-381 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentarías; T-330 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-310 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

11 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

12 Cuaderno Principal, Folio 26