

Sentencia T-503/07

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-En ningún caso los copagos y cuotas moderadoras pueden convertirse en barreras de acceso al servicio

ACCION DE TUTELA-Práctica de cirugía por la ARS a menor y tratamiento integral quedando exento de los copagos

Referencia: expediente T-1568367

Acción de tutela instaurada por el señor Jonny Alexander Moncada Mesa en representación del menor Ylan Rueda Vásquez contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Comfenalco ARS.

Procedencia: Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Jonny Alexander Moncada Mesa en representación del menor Ylan Rueda Vásquez, contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Comfenalco ARS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. El 29 de marzo del año en curso, la respectiva Sala de Selección eligió el asunto para revisión.

I. ANTECEDENTES.

El señor Jonny Alexander Moncada Mesa en representación de su hijastro Ylan Rueda Vásquez, presentó acción de tutela el 25 de septiembre de 2006, ante “el Juez del Circuito (reparto)”, aduciendo vulneración a “los derechos a la Salud, en conexidad con el derecho a la Vida, a la Integridad Física, a la Seguridad Social, a la Igualdad, a la Vida Digna y a los derechos de los niños”, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato del demandante.

Afirma que no cuenta con “ningún recurso económico para cubrir este copago”, se encuentra desempleado y la esposa es ama de casa, de manera que con “lo poco que gano debo cubrir las necesidades básicas”, razón por la cual solicita “exoneren de todo copago por las cirugías que deben practicar” y de igual forma “se brinde la atención integral en salud que requiere” el menor.

B. Respuesta emitida por la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia.

Una vez notificada de la acción de tutela instaurada en su contra, el Secretario respectivo, mediante escrito presentado el 2 de octubre de 2006, dirigido al Juzgado de conocimiento, se opuso a la procedencia de la acción, argumentando que al no encontrarse los “TUBOS DE VENTILACIÓN” dentro de la normatividad, se consideran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, “no siendo por lo tanto, responsabilidad de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia con cargo a los recursos” del subsidio a la oferta.

Agrega que “la Dirección Seccional de Salud de Antioquia no está obligada a sufragar por el accionante la cuota de recuperación, toda vez que no estaría ejerciendo sus funciones conforme a la normatividad vigente, además el cobro posterior de dicha cuota no prosperaría ya que no existe norma legal que ampare el recobro”.

Por otra parte, señala que “compete al juez recaudar las pruebas conducentes a esclarecer en el proceso la capacidad económica del accionante, o en su defecto, de las personas a quienes por obligación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Civil, le deben alimentos” (fs. 23 a 25 ib.).

C. Respuesta de Comfenalco ARS Seccional Antioquia.

Mediante escrito presentado en octubre 3 de 2006, la apoderada especial de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco, seccional Antioquia, señaló:

“La (sic) menor viene siendo atendido por la ESPECIALIDAD DE II NIVEL de COMPLEJIDAD CIRUGÍA GENERAL, según fallo de tutela del JUZGADO 21 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el que falla la prestación de evaluación y manejo por la especialidad de CIRUGIA GENERAL a cargo de la DSSA.

Luego de la evaluación con el especialista CIRUJANO GENERAL, de competencia de la DSSA, ordenó la práctica de la cirugía de ORQUIDIOPEXIA DERECHA Y EVALUACION CON OTORRINOLARINGOLOGO, para la práctica del procedimiento denominado ADENOAMIGDALECTOMIA MAS TUBOS DE VENTILACIÓN BILATERAL.”

Así mismo afirmó que “ni las patologías, las especialidades de OTORRINO y CIRUJANO GENERAL y mucho menos los procedimientos pretendidas (sic) por el accionante, son de competencia para ser cubiertas y atendidas por la ARS COMFENALCO ANTIOQUIA”, toda vez que no se trata de una “patología de alto costo y la especialidad y los procedimientos de OTORRINO y CIRUJANO GENERAL” no se encuentran incluidas dentro del POS-S, por lo cual le corresponde asumirlos a la DSSA.

Finalizó argumentando que “en el caso objeto de estudio, la paciente viene siendo atendida (sic) por la DSSA , sin embargo de un momento a otro y en contravía de lo dispuesto por el médico tratante, la DSSA decidió suspenderle a la (sic) paciente el servicio que le venía prestando. Esta suspensión en el control médico, viola el principio de continuidad que rige el servicio de salud y vulnera el derecho fundamental a la salud de la (sic) paciente” (fs. 26 a 30).

D. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

* A folio 6, orden para cirugía programada en julio 31 de 2006, emitida por el Hospital San Rafael, ESE, en la cual figura como responsable la DSSA Cirugía General - Ortopedia.

* A folio 7, remisión de paciente del Hospital San Rafael ESE, para cirugía conjunta con ORL, a nombre del menor Ylan Rueda Vásquez, por valor de \$220.000.

* A folio 8, remisión de paciente para cirugía general, por valor de \$110.000.

* A folio 9, copia de la consulta para la validación de derechos en el SGSSS a favor del menor Rueda Vásquez.

* A folio 10, copia del carné del Sistema General de Seguridad Social en Salud, Régimen Subsidiado, programa EPS Comfenalco Antioquia.

* A folio 11, copia del certificado de registro civil de nacimiento de Ylan Rueda Vásquez.

* A folio 12, copia de la cedula de ciudadanía de Jonny Alexander Moncada Mesa, quien actúa en representación del menor.

E. Sentencia única de instancia.

Mediante sentencia de octubre 9 de 2006, que no fue recurrida, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín negó el amparo pedido, al estimar que no existe vulneración a derecho fundamental alguno, “pues según lo manifiesta la DIRECCION SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA, el Decreto 2357 del 29 de diciembre de 1.995, expedido por el Ministerio de Salud, Artículo 18, establece las cuotas de recuperación, indicando que son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, en algunos casos como: a población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el nivel 1

del SISBEN o incluidas en los listados censales pagarán un 5% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimo mensual vigente por la atención de un mismo evento, y en el nivel 2 del SISBEN, pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes ”, por lo cual considera que la entidad demandada está actuando conforme a la ley (f. 45 cd. inicial).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar en Sala de Revisión, la decisión proferida dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Como se desprende de los antecedentes, el señor Jonny Alexander Moncada Mesa interpuso la presente acción en representación de su hijastro Ylan Rueda Vásquez, quien padece “hipertrofia de amígdalas, adenoides y criptorquidia derecha”; le ha sido ordenada la práctica del procedimiento denominado “cirugía conjunta”, pero la entidad demandada “exige copago de doscientos veinte mil pesos (\$220.000) por una y ciento diez mil pesos (\$110.000) por la otra”. Solicita se le exonere del copago exigido por la entidad, debido a que carece de recursos económicos para cubrirlo.

Corresponde ahora a esta Sala revisar si en el caso bajo estudio procede el amparo incoado.

Tercera. Protección especial a los niños. Reiteración de jurisprudencia.

Además de que cualquier persona “está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño”¹, esta corporación ha realzado, en múltiples pronunciamientos, que los derechos de los niños gozan, por mandato expreso de la Constitución Política, prevalencia sobre los de los demás, motivos por los cuales la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (art. 44 Const.).

También ha expresado la Corte, que el derecho a la salud cuando se trata de menores de edad “es en sí mismo un derecho fundamental”, principio que fue reiterado en la sentencia T-973 de noviembre 24 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, en los siguientes términos:

“Con fundamento en los postulados constitucionales favorables a los niños, la jurisprudencia constitucional ha establecido que éstos son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, sus derechos e intereses son de orden superior y prevaleciente y la vigencia de los mismos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas.

12.- En este contexto, en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente.

13.- En este ámbito, no obstante la autonomía del Estado para diseñar políticas públicas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, no es posible oponer obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad. Igualmente, la asistencia en salud que requieren niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran.

14.- Por otra parte, el alcance del derecho constitucional a la salud de niños y niñas ha sido interpretado por la Corte Constitucional, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales es parte el Estado colombiano. Dentro de éstos importa señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, cuyo artículo 11 prescribe que la niñez tiene ‘derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud’ y la Observación General No. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas², donde fueron definidos los elementos que comprenden el derecho a la salud, a saber: -disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad-.” (No está resaltado en negrilla en el texto original).

De igual forma, en sentencia T-417 de mayo 24 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis, se señala

cómo “es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda”.

Así las cosas, no cabe duda que el Estado debe brindar protección a los derechos fundamentales de los niños, por disposición expresa de la Constitución Política, dada la prevalencia de sus derechos (art. 44 Const.).

Cuarta. Régimen de Seguridad Social en Salud Subsidiado POS-S.

La prestación de servicios de salud no puede restringirse cuando está de por medio la vida digna de las personas, porque las entidades que actúan en el régimen subsidiado deben considerar la condición de vulnerabilidad en la cual se encuentran las personas beneficiarias, de manera que el cobro de las cuotas moderadoras y copagos no puede constituir una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre, para la cual ese régimen de seguridad social subsidiado pretende garantizar el acceso universal y no excluir del derecho a la salud a las personas de escasos recursos, en armonía con el principio de solidaridad. Esta corporación ha precisado³:

“...en situaciones en donde quien solicita atención en salud es un niño o niña, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que las Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS- deben garantizar directamente la prestación del servicio de salud toda vez que el paciente es su afiliado y su recuperación se encuentra bajo su cuidado y responsabilidad. Por consiguiente, con el fin de brindar el servicio en casos en los cuales el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado no comprenda la atención médica que requiere un usuario del sistema deberá inaplicarse la regulación del mismo, específicamente la Resolución 5261 de 1994 que define las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud y preferir el otorgamiento del servicio de salud.

En estos casos, el otorgamiento de la protección constitucional del derecho a la salud ha estado precedida de un análisis del juez constitucional acerca de cuatro requisitos específicos: 1) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por el POSS

amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; 2) Que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema; 3) Que se trate de un medicamento o de un procedimiento que no puede ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida o la integridad personal; 4) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la A.R.S. a la cual se halla afiliado el demandante.

Así, el servicio de salud debe ser garantizado por las ARS y la solicitud de protección del derecho debe ser atendida por el juez constitucional, quien puede ordenar la práctica de tratamientos médicos que en principio no se encuentran cubiertos por los planes obligatorios de salud en el régimen contributivo -POS- o subsidiado -POSS-, ordenar que se le confiera a un niño un determinado tratamiento y bajo determinadas circunstancias, extender la protección constitucional a casos en los cuales no se encuentra probada la incapacidad económica de los padres de un menor.

Esta directriz fue reiterado en sentencia T-488 de 2006, en la cual la Corte aplicó las directrices establecidas en la jurisprudencia para brindar protección constitucional al derecho a la salud de los niños y autorizar la práctica de tratamientos que no estén cubiertos por el plan obligatorio de salud POSS.

En dicho fallo señaló que cuando se trata de un menor o de un sujeto de especial protección es la ARS, la entidad obligada a reconocer el tratamiento y explicó:

‘la obligación contractual que vincula a las A.R.S. con el sujeto de especial protección constitucional, no se agota en las estipulaciones de lo pactado. Esto por cuanto la obligación constitucional de brindar efectiva protección a estos sujetos, hace que la exclusión de un tratamiento del plan obligatorio no resulte una razón suficiente para negar su reconocimiento. Si bien es cierto que su práctica está en principio autorizada por su estipulación en el contrato, no lo es menos que, si éste se encuentra excluido, existen mecanismos que permiten guardar el equilibrio contractual de tal manera que si el servicio se presta, las A.R.S pueden acudir al recobro frente al Estado por el monto de su costo’.”

Por tal razón, el amparo constitucional del derecho a la salud impera cuando se trata de la

protección a los derechos de los niños, por lo cual, según continúa la misma providencia recién citada, “las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado debe prestar servicios de salud con arreglo al principio de solidaridad y universalidad”.

En el mismo sentido, sobre las cuotas moderadoras y copagos, en sentencia T-151 de febrero 27 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, se indicó que “en virtud del principio constitucional de la eficiencia se busca la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.⁴ 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 030 de 1996 y 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

Quinta. El caso concreto.

En el presente asunto, es posible observar que el padrastro del niño Ylan Rueda Vásquez, paciente de “hipertrofia de amígdalas, adenoides y criptorquidia derecha”, solicita se le protejan sus derechos fundamentales a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad social, la igualdad, la vida digna y los derechos de los niños, por presunta vulneración por parte de las entidades demandadas, al no autorizar la realización de la “cirugía conjunta” que requiere el menor eximiéndolo de los copagos exigidos para su realización, debido a que no cuenta con capacidad económica para asumirlos.

Respecto a la capacidad económica a que alude la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia, es de observar:

“... la jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba.

En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario.

De otra parte, en materia de incapacidad económica la Corte Constitucional ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción legal de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política”⁵ (no está en negrilla en el texto original).

No fue desvirtuado que tanto el niño como su familia hacen parte de un estrato pobre y vulnerable, como se deduce de estar afiliados al SISBEN (nivel II) y de lo afirmado por el demandante, al señalar que no “disponemos de ningún recurso económico para cubrir este copago, estoy desempleado, mi esposa es ama de casa, sobrevivimos de lo que me resulta cuando hay trabajo y ahora esta pésimo, con lo poco que gano debo cubrir las necesidades básicas” (fs. 1 y 2 cd. inicial).

Además, de conformidad con el material probatorio allegado al expediente, existe plena certeza de las afecciones en la salud del niño y el riesgo contra su estabilidad física, siendo el médico tratante quien expidió la orden para la cirugía programada con anterioridad.

En consecuencia, se reiterará la jurisprudencia citada, de manera que le sean protegidos sus derechos al menor Ylan Rueda Vásquez. De conformidad con las pruebas anexadas al expediente, es posible observar que antes de las respuestas emitidas por las entidades vinculadas, que no son de recibo frente a la Constitución, existían las órdenes que demuestran que sí es necesaria la intervención quirúrgica conjunta y no puede ponerse en juego la estabilidad y la vida saludable del infante.

Por consiguiente, en aras de proteger la seguridad social y la salud del niño, se ordenará al Director Seccional de Salud de Antioquia, o quien haga sus veces, que a cargo de esa dependencia y en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si no lo ha hecho, autorice a Comfenalco ARS la práctica de la intervención quirúrgica conjunta a Ylan Rueda Vásquez, que ha dispuesto su médico tratante, en la forma y la fecha que éste determine, y se le brinde la atención integral que requiera para el tratamiento de las afecciones que padece, quedando exento de los copagos, para lo cual se

inaplicará en el presente caso la regulación contenida en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 sobre las cuotas de recuperación.

III.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta 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 Quinto Laboral del Circuito de Medellín, que en octubre 9 de 2006 denegó la acción de tutela instaurada por el señor Jonny Alexander Moncada Mesa en contra de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Comfenalco ARS. En su lugar, CONCÉDESE la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y la salud del niño Ylan Rueda Vásquez.

Segundo: En consecuencia, ORDÉNASE al Director Seccional de Salud de Antioquia, o quien haga sus veces, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, a cargo de esa dependencia autorice a Comfenalco ARS la práctica de la intervención quirúrgica conjunta a Ylan Rueda Vásquez, en la forma y la fecha que determine su médico tratante, y se le brinde la atención médica integral que requiera para el tratamiento de las afecciones que padece, eximiéndole de los copagos, para lo cual se inaplicará en el presente caso la regulación contenida en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 sobre las cuotas de recuperación.

Tercero: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-408 de 1995 (septiembre 12), M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.”

3 T- 799 de septiembre 21 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

4 “Cfr. artículo 2 de la Ley 100 de 1993.”