

Sentencia T-517/05

DERECHO A LA SALUD-Práctica de cirugía de miomas

INCAPACIDAD ECONOMICA-Prueba

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Improcedencia de exigir pago de cuotas moderadoras

INAPLICACION DE NORMAS-Artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 sobre pago de cuotas de recuperación y copagos

Referencia: T-1062649

Peticionario: Tirso Bastidas Ortiz en representación de Laura Marina Bustos

Accionado: CAPRECOM E.P.S., CAPRECOM A.R.S, Departamento del Tolima y la Secretaría de Salud del Tolima

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué, el 17 de enero de 2005.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

1. Tirso Bastidas Ortiz, actuando en calidad de Personero Municipal de Ibagué, manifiesta, en representación de Laura Marina Bustos, que es una persona de escasos recursos que padece MIOMATOSIS UTERINA, es decir, presencia de masas en la matriz, las cuales pueden degenerar en cáncer.

1. En razón de esta enfermedad, CAPRECOM ARS autorizó, desde hace 7 meses, la práctica de una cirugía de extracción de la matriz, denominada histerectomía, previo pago del 10% del valor de la cirugía, por concepto de copago en la prestación del servicio, pues aquella se encuentra en el nivel 2 del Sisben. Dicho valor asciende a la suma de \$160.000.

1. El peticionario afirma que la señora Laura Marina Bustos ha tratado de llegar a un acuerdo con CAPRECOM para el pago por cuotas del referido copago, sin que aquel haya sido posible.

1. El demandante afirma que CAPRECOM condiciona la realización de la cirugía a la cancelación de dicho pago, estableciendo una barrera para acceder al servicio.

1. Lo anterior, en opinión del tutelante, vulnera el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida de la señora Marina Bustos, desconociendo, además, varios pronunciamientos de la Corte Constitucional.

B. Actuaciones procesales

Mediante auto del 24 de diciembre de 2004, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué vinculó al proceso a CAPRECOM ARS, al Departamento del Tolima y a la Secretaría de Salud Seccional. Así mismo, mediante auto del 6 de enero de 2005, fue vinculado el Hospital Federico Lleras Acosta.

C. Contestación de la entidad accionada -CAPRECOM A.R.S

Manifiesta la Caja de Previsión Social de Comunicaciones- CAPRECOM A.R.S-, que la señora Laura Marina Acosta es afiliada al régimen subsidiado en Salud y que ha sido atendida por el Hospital Federico Lleras Acosta.

Así mismo, afirma que, en virtud del Acuerdo 72 de 1994, el tratamiento requerido por la señora Laura Marina Bustos, llamado histerectomía, se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

En este sentido, manifiesta que CAPRECOM A.R.S ordenó la práctica del tratamiento desde hace varios meses. Sin embargo, la señora Laura Marina Bustos no ha cubierto el 10% del valor del procedimiento en calidad de copago, el cual debe ser cobrado obligatoriamente por el Hospital Federico Lleras, de conformidad con lo establecido en la Ley.

D. Contestación de la entidad vinculada -Secretaría de Salud del Tolima

La Secretaría de Salud del Tolima afirma que la Ley 100 de 1993, en su artículo 157, consagra formas diferentes de vinculación al Sistema de Seguridad Social en Salud, a saber, mediante la condición de afiliados al régimen contributivo, afiliados al régimen contributivo o en forma temporal como participantes vinculados.

De otra parte, la Secretaría afirma que las personas vinculadas al Régimen Subsidiado tienen derecho a los beneficios establecidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), dentro del cual se encuentra el tratamiento quirúrgico denominado histerectomía, requerido por la señora Laura Marina Bustos. Sin embargo, dicho servicio debe ser prestado en forma directa por CAPRECOM A.R.S.

En este sentido, la Secretaría de Salud del Tolima considera que sólo se encuentra obligada a afiliarse a la A.R.S, con dineros públicos, a las personas que cumplen las condiciones para el efecto.

Así mismo, considera que el sistema general de participaciones, consagrado en la Ley 715 de 2001, establece en su artículo 47 que es responsabilidad del Departamento, en cuanto al tema de salud, la "Prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda".

En consecuencia, al estar el tratamiento requerido por la señora Laura Marina Bustos dentro del Plan Obligatorio de Salud, no es responsabilidad del Departamento el cubrimiento del mismo y por tanto, solicita la desvinculación de la Secretaría de Salud del Tolima del trámite de la acción.

E. Contestación de la entidad vinculada -Hospital Federico Lleras Acosta

El Hospital Federico Lleras Acosta presentó su escrito de contestación fuera de término.

Sin embargo, en éste expresó que, por la naturaleza jurídica del Hospital, su objeto lo constituye la venta de servicios de salud, de acuerdo con los contratos que suscriba con las diferentes A.R.P, E.P.S, aseguradoras, etc.

En opinión del Hospital, éste debe recibir una retribución económica por concepto de la prestación del servicio, razón por la cual resulta legal el cobro del copago a la señora Bustos.

La Gobernación del Tolima no allegó escrito de contestación al proceso.

A. Única Instancia

El Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué, en sentencia de fecha 17 de enero de 2005, negó la tutela instaurada, al considerar que la barrera al acceso al servicio presentada sólo puede ser imputada a la señora Laura Marina Bustos, en virtud del incumplimiento en el pago de la cuota cobrada en forma legítima por las entidades demandadas.

De otra parte, el Juzgado consideró que, aunque el cobro de copagos y cuotas moderadoras para la prestación del servicio de salud es legítimo, toda vez que éstas permiten una racionalización económica del sistema de seguridad social en salud. El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 2357 de 1995 y los Acuerdos 30 de 1996 y 117 de 1998 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud admiten que existen situaciones excepcionales que puede exonerar al usuario de su pago.

Sin embargo, en opinión del Juzgado, esa exoneración sólo puede presentarse cuando el actor demuestre plenamente su incapacidad económica y allegué al proceso el material probatorio que permita al juez deducirlo. En la tutela estudiada, el despacho consideró que el peticionario no probó su incapacidad económica, razón por la cual su acción no estaba llamada a prosperar.

La decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué no fue apelada por ninguna de las partes.

I. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas que fueron aportadas al expediente:

1. Carnet de afiliación de la señora Laura Marina Bustos a CAPRECOM ARS.
2. Orden de admisión emitida por el Hospital Federico Lleras Acosta, Empresa Social del Estado, Ibagué Tolima.
3. Solicitud elevada por la señora Laura Marina Bustos a la Personería Municipal de Ibagué de fecha 30 de noviembre de 2004.
4. Remisión de la paciente, señora Laura Marina Bustos, a cirugía general emitida por el Hospital San Francisco.
5. Copia del informe de la ecografía realizada a la señora Laura Marina Bustos de fecha 20 de agosto de 2004.
6. Exámenes de laboratorio y consulta externa realizados a la señora Laura Marina Bustos por parte del Hospital Federico Lleras Acosta de fecha 20 de septiembre de 2004.
7. Evaluación pre- anestésica realizada a la señora Laura Marina Bustos por parte del Hospital Federico Lleras Acosta de fecha 13 de octubre de 2004.

8. Copia de la historia clínica No. 45982 de la señora Laura Marina Bustos.

9. Copia de informes de evolución psiquiátrica de la señora Laura Marina Bustos, en los cuales se le diagnostica esquizofrenia simple.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

B. Legitimación por activa

La presente acción fue ejercida por el Personero de Ibagué, en representación de la señora Laura Marina Bustos.

En virtud de los artículos 10 y 49 del decreto 2591 de 1991, las Personerías Municipales se encuentran legitimadas para interponer acciones de tutela¹, al encontrarse investidas de las funciones constitucionales y legales de guarda y promoción de los derechos fundamentales.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha encontrado legitimadas para interponer acciones de tutela a las Personerías municipales. Al respecto, ha dicho:

“Los personeros municipales, en virtud de las funciones constitucionales y legales de guarda y promoción de los derechos fundamentales, así como en desarrollo de las resoluciones de la Defensoría del Pueblo, están legitimados para presentar acciones de tutela. En esa medida si se percatan de la amenaza o violación de derechos fundamentales de una persona, pueden interponer la acción en nombre del individuo que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión².”

Tomando esto en consideración, la Sala encuentra que la Personería Municipal de Ibagué está legitimada para promover la presente tutela.

C. Fundamentos jurídicos

Problema jurídico

En la presente ocasión, corresponde determinar a la Sala: (i) si la exigencia de pagos moderadores para el cubrimiento del tratamiento de una persona de escasos recursos como condición para poder realizar la operación quirúrgica requerida vulnera el derecho a la salud y, (ii) si resulta necesario para el demandante probar plenamente la incapacidad económica para que se encuentre justificada la exoneración de los pagos moderadores.

(i) La exigencia del cubrimiento de pagos moderadores cuando la incapacidad para cubrir éstos es evidente, no puede ser una barrera para la prestación del servicio.

Nuestra Carta Política consagra en forma expresa los derechos a la salud y a la seguridad social, en el Capítulo II del Título II, bajo la denominación de “derechos económicos, sociales y culturales”.

El artículo 48 de la Constitución señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Así mismo, el artículo 49 ibídem establece que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma. En virtud de este texto constitucional, la Carta Política asigna al Estado la función de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como la de establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control sobre las mismas. Así mismo, el constituyente asignó a la ley la labor de señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

En virtud de este postulado constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, creando el llamado sistema de seguridad social integral³, que propende a ampliar la cobertura a todos los sectores de la sociedad, en especial, aquellos sin la capacidad económica suficiente para acceder al sistema, a través del principio de la solidaridad.⁴

De otra parte, 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.⁵ 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 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

De conformidad con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, tales pagos se aplicarán con el exclusivo objeto de racionalizar el uso de los servicios del sistema; en cambio, para los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.⁶

El Acuerdo 030 de 1996, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definió el concepto de cuotas moderadoras como aquellas que “tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS”, así mismo estableció que los copagos son aquellos “aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema”. De otra parte, el Acuerdo 030 de 1996 consagró expresamente que las cuotas moderadoras son aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos, lo serán única y exclusivamente a los beneficiarios, en ambos casos con base en el ingreso base de cotización del afiliado cotizante.⁷

Como puede concluirse, el legislador consideró procedente el cobro de las cuotas moderadoras y copagos como mecanismo destinado a: “racionalizar el uso de servicios del sistema”(artículo 187 de la Ley 100 de 1993). Sin embargo, para garantizar el acceso de la población más vulnerable a los servicios de salud, los decretos 2351 de 1995 y 050 de 2003 establecieron que el monto de las mismas debe ajustarse a la situación socioeconómica de los usuarios, para lo cual se fijaron las siguientes reglas: (i) la población clasificada en el nivel 1 del SISBEN debe cancelar el 5% de los servicios que recibe, sin exceder el equivalente a una salario mínimo mensual legal vigente; (ii) la población clasificada en el nivel 2 debe cancelar el 10% del valor de los servicios, sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos

mensuales legales vigentes; y (iii) la población identificada en el nivel 3 debe pagar hasta un máximo del 30% del valor de los servicios, sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes. En los tres casos los límites previstos son para un mismo evento de atención. (Decreto 2351 de 1995)⁸

La Corte Constitucional, en sentencia C-542 de 1998, al estudiar la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, consideró acorde con los principios y preceptos rectores de nuestra Carta Política el cobro anteriormente referido. En efecto, la Corporación manifestó en aquella oportunidad:

“De lo anterior se deduce que, el legislador al fijar el régimen legal del servicio público de seguridad social en materia de salud, en la Ley 100 de 1.993 encontró procedente establecer con el cobro de las cuotas moderadoras un mecanismo destinado, como lo señala el mismo artículo 187, a: “ racionalizar el uso de servicios del sistema”, como una forma de inducir a los usuarios a recurrir al servicio únicamente en los casos realmente necesarios, a fin de lograr la eficiencia en la prestación del servicio.”⁹

Sin embargo, el legislador y la reiterada jurisprudencia de la Corporación han establecido que el cobro de las cuotas moderadoras y de copagos no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre.

En este sentido, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 consagra que “en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres.” Así mismo, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, en sentencia C-542 de 1998, condicionó su constitucionalidad en el entendido que si el usuario del servicio -afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, “ el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes.”¹⁰

Ahora bien, en situaciones excepcionales, cuando la población vinculada carece por completo de capacidad pago para cancelar las cuotas de recuperación, la Corte ha considerado que el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 debe ser inaplicado, con el objeto de eximir al usuario del

pago de cualquier suma de dinero que obstaculice su acceso efectivo a la prestación de los servicios de salud.

En efecto, en la sentencia T-328 de 1998¹¹ se estableció:

“El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren 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.

No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos¹² y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.”

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha establecido los requisitos necesarios para que proceda la inaplicación de la normatividad referente al pago de copagos y cuotas de recuperación, toda vez que ésta no procede de manera automática.

Conforme se indicó en la Sentencia T-745 de 2004¹³ la Corte ha aclarado “que la inaplicación de la normatividad referente al pago de copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o al pago del porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes “no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones (...)”¹⁴, y hace referencia a las condiciones establecidas en la jurisprudencia constitucional para que sea procedente proteger el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, mediante la acción de tutela.

Tales condiciones han sido definidas de la siguiente manera¹⁵:

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

La Corte ha desarrollado en reiterada jurisprudencia esta posición. Así, en sentencia T-111 de 2005¹⁶ se ordenó al Departamento Administrativo de Salud de Córdoba suministrar en forma integral el tratamiento requerido por un menor que sufría de epilepsia y que había sido sometido a la realización de una hemisferectomía, exonerando a sus padres del cobro de pago moderador alguno, toda vez que la Corporación consideró era desproporcionada en relación con su capacidad económica (el padre del menor se encontraba en el Nivel 1 del SISBEN).

En la sentencia T-740 de 2004,¹⁷ la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional exoneró de la cancelación del copago en el costo de los medicamento a la madre de un menor que sufría de Hipotiroidismo (enanismo), y que se encontraba clasificada en el Nivel 1 del SISBEN.

En sentencia T-908 de 2004,¹⁸ la Corporación ordenó la realización de un examen denominado “drenaje y biopsia de masa hepática guiada por tomografía” a un vinculado que sufría de un tumor maligno, sin requerir el cobro de la respectiva cuota de recuperación, teniendo en cuenta que al encontrarse clasificado en el nivel 2 del SISBEN se presumía su incapacidad económica.

Esta línea fue reiterada en las sentencias T-1213 de 2004¹⁹, T-617 de 2004²⁰, T-411 de 2003²¹, T-745 de 2004²² y T-1246 de 2004²³ en las que la Corte resolvió inaplicar la normativa relativa al pago de cuotas de recuperación por usuarios vinculados al sistema de salud, y ordenar a las entidades correspondientes asumir el 100% del valor de la atención requerida por los accionantes, en consideración a su precaria situación económica.

Resulta por tanto que existe un claro precedente en el tema de la inaplicación del régimen normativo de copagos y cuotas moderadoras, cuando se presente incapacidad de pago por parte del beneficiario, el cual será tenido en cuenta por esta Sala Sexta de Revisión. Lo anterior, en virtud de la prevalencia de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Política y del artículo 4 de la misma.

En efecto, el artículo 4 de la Carta Política consagra un deber de todas las autoridades públicas de inaplicar una disposición normativa cuando ésta se encuentra en abierta contradicción con la primera, mediante lo que la jurisprudencia y la doctrina ha llamado excepción de inconstitucionalidad.

En las situaciones en las que un beneficiario o cotizante del Sistema de Seguridad Social en Salud no cuenta con los recursos económicos necesarios para cancelar las cuotas moderadoras y los copagos, el juez constitucional debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad y darle prevalencia a sus derechos fundamentales, permitiéndole un real acceso a los servicios médicos que requiere, siempre y cuando se cumplan las condiciones anteriormente referidas.

Surge, sin embargo, la pregunta acerca de la prueba de la incapacidad económica para asumir los copagos y las cuotas moderadoras, punto que se estudiará a continuación.

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, esta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo que la presunción legal de la incapacidad, y (ii) Se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política.

En sentencia T-683 de 200324 se consideró que las reglas probatorias en materia de incapacidad económica son las siguientes:

“(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”.

Estas reglas probatorias han sido acogidas por la jurisprudencia constitucional en forma reiterada. En sentencia T-113 de 200225 la Corte revisó las sentencias de tutela que negaron el amparo del derecho a la vida y a la salud de dos personas enfermas de SIDA, a quienes la E.P.S. se negaba, entre otras, a practicar el examen de carga viral.

En esta oportunidad, la Corte revocó las decisiones de instancia y concedió el amparo. Para la Corte, es suficiente con que el solicitante aduzca en la demanda que no cuenta con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o del procedimiento excluido del POS. Así mismo, y de manera correlativa, le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad. Esto se justifica, según la Corte, por cuanto “en esta hipótesis, el dicho del extremo demandante constituye una negación

indefinida que es imposible de probar por quien la aduce, corriendo entonces la carga de la prueba en cabeza del extremo demandado cuando quiera desvirtuar tal afirmación”.

En sentencias T-829 de 200426 y T-306 de 200527 la Corporación ha dado aplicación de estas normas probatorias en materia de incapacidad económica permitiendo a los beneficiarios del sistema de salud su ingreso integral al mismo.

De otra parte, la Corte Constitucional ha establecido una presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población. En este sentido, en sentencia T-908 de 2004, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa se afirmó:

“Cuando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación.”²⁸

Lo anterior resulta acorde con la finalidad misma del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales SISBEN, el cual se constituye como una herramienta diseñada por el Departamento Nacional de Planeación para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana, cuyo objetivo es focalizar el gasto social. Dicha selección se logra a partir de la recolección de datos mediante el mecanismo de encuesta que, una vez analizados, arrojan un puntaje que permite ubicar a las familias o individuos entrevistados en alguno de los seis niveles de pobreza preestablecidos. Se trata de un instrumento que, como esta Corporación ha señalado, es de gran relevancia constitucional, pues contribuye a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los colombianos, y se erige como una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas obligadas a hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados.²⁹

Así las cosas, la Sala tendrá en cuenta estos parámetros para estudiar el caso de la referencia.

D. Caso concreto

La Sala Sexta de Revisión concederá la tutela al derecho fundamental a la salud de la señora Laura Marina Bustos al encontrar que no cuenta con la capacidad económica para asumir el cobro de pagos moderadores para la realización de histerectomía que requiere.

Este procedimiento no ha sido realizado hasta la fecha, toda vez que la señora Bustos afirma no tener la capacidad económica para asumir el 10% del costo del procedimiento, es decir \$160.000, por concepto de la cuota moderadora.

Esta situación no fue desvirtuada por la entidad accionada, de manera que por tratarse de una persona vinculada al sistema de salud y clasificada en el nivel 2 de pobreza del SISBEN, opera la presunción de falta de capacidad de pago y debe tenerse por cierta.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que, según la historia clínica, la cual obra en el expediente, la señora Bustos sufre de esquizofrenia simple, razón por la cual su capacidad laboral se encuentra claramente disminuida encontrándose en un estado de debilidad manifiesta, que impone una protección reforzada por parte del juez de tutela y fortalece la presunción de incapacidad económica que la ampara.³⁰

En este contexto, la exigencia de cuotas de recuperación al accionante para la realización de la cirugía que le ha sido prescrita se convierte en una carga desproporcionada, toda vez que su pago desencadenaría en una grave afectación de su mínimo vital.

Tales circunstancias no fueron tenidas en cuenta por el juez instancia, que se limitó a afirmar que no se encontraba plenamente probada la incapacidad económica de la accionante, desconociendo la reiterada jurisprudencia de la Corporación de la cual se concluye que no resulta necesario dicho requisito, sino que, por el contrario, deben aplicarse las reglas probatorias anteriormente expuestas.

Por tanto, la Sala concederá el amparo y ordenará la inaplicación de la normativa relativa al pago de cuotas de recuperación por parte de los afiliados al régimen subsidiado de salud.

Establecida la procedencia de la exoneración en el pago de las cuotas moderadoras del tratamiento requerido, procede la Sala a estudiar el responsable en el cubrimiento de los mismos.

Los artículos 43.2.1 y 43.2.2 de la Ley 715 de 2001 señalan que es competencia de los

departamentos gestionar y financiar la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre que resida en su jurisdicción, en lo no cubierto por los subsidios a la demanda, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas³¹.

De otra parte, el inciso tercero del artículo 49 *ibídem* establece:

“A cada departamento le corresponderá el 59% de los montos resultantes de efectuar los cálculos anteriormente descritos de los municipios y corregimientos departamentales de su jurisdicción, los cuales deberán destinarse para garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad, con los mismos criterios que la Nación aplica en la distribución para este componente. El 41% restante se deberá destinar a financiar la atención en el primer nivel de complejidad de cada uno de los municipios y corregimientos de los respectivos departamentos.” (subrayado fuera del texto).

De lo anterior se puede deducir que es al Departamento del Tolima, a través de la Secretaria de Salud del Tolima al que le corresponde el cubrimiento de los pagos moderadores cuando los afiliados al sistema no cuentan con los recursos suficientes para cubrirlo, toda vez que debe considerarse como un servicio no cubierto por la demanda y la operación requerida por la señora Laura Marina Bastos no puede catalogarse como de primer nivel de complejidad.

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 Política,

RESUELVE

PRIMERO : REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué, el 17 de enero de 2005 y, en su lugar, CONCEDER la tutela al derecho fundamental a la salud de la señora Laura Marina Bustos

SEGUNDO ORDENAR al Departamento del Tolima, a través de la Secretaria de Salud del Tolima, adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, si no lo ha hecho aún, garantice a Laura Marina Bustos la realización de la cirugía denominada histerectomía, y el suministro de tratamientos médicos requeridos, sin que pueda oponerse el pago de cuotas moderadoras.

Así mismo, se le previene para no desconocer en el futuro el mandato constitucional según el cual las cuotas moderadoras no pueden constituir un obstáculo para acceder al servicio de salud, en especial cuando se trata de los derechos de una persona sujeto de especial protección constitucional.

TERCERO : INAPLICAR, en este proceso, la regulación contenida en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 sobre cuotas de recuperación y copagos.

CUARTA : Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Los artículos citados del Decreto 2591 establecen:

“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

“Artículo 49. Delegación en personeros. En cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva entidad territorial podrá por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente.”

2 Sentencia T-790 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño En esta decisión la Corte Constitucional se pronunció sobre la legitimidad de las Personerías en representación de una persona desplazada. Sobre el punto de la legitimación por activa de los personeros en la interposición de acciones de tutela se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-331 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-731 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-024 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 El artículo 8 de la Ley 100 de 1993 establece: “El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.”

4 El artículo 2 de la Ley 100 de 1993 establece como principio del régimen de seguridad social el de la solidaridad en los siguientes términos: “SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.”

5 Cfr. artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

6 Cfr artículo 187 de la Ley 100 de 1993. “Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y

deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

7 Acuerdo 030 de 1996 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. “Artículo 1o. Cuotas moderadoras.- Las cuotas moderadoras tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS.

Artículo 2o.- Copagos.- Los copagos son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.

Artículo 3o.- Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos.- Las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.

PARAGRAFO. De conformidad con el numeral tercero del artículo 160 de la ley 100 de 1993, es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes.”

8 Artículo 18 decreto 2351 de 1995 “Cuotas de Recuperación. Son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en los siguientes casos:

- 1) Para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación;
- 3) Para la población identificada en el nivel 3 de SISBEN pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento;

4) Para las personas afiliadas al régimen subsidiado y que reciban atenciones por servicios no incluidas en el POS, pagarán de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del presente artículo;

5) La población con capacidad de pago pagará tarifa plena.

El máximo valor autorizado para las cuotas de recuperación se fijará de conformidad con las tarifas SOAT vigentes.”

Así mismo, el artículo 48 del decreto 050 de 2003 establece: “Obligación de cobrar copagos y cuotas moderadoras.” Los valores correspondientes a los copagos que sean fijados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud serán cobrados en forma obligatoria por parte de todas las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y Entidades Promotoras de Salud (EPS), sin que haya lugar por dichas entidades a la modificación de dicho monto. Esta disposición aplicará frente a las cuotas moderadoras que sean fijadas en los regímenes contributivo y subsidiado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En consecuencia todas las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado estarán obligadas a cobrar el mismo monto de copago y el mismo monto de cuota moderadora, conforme los niveles de ingreso de los afiliados que se determinen por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

9 Corte Constitucional. Sentencia C-542 de 98. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

10 La Corte ya en dos oportunidades ha declarado la exequibilidad de normas legales que consagran cuotas moderadoras y copagos. En la Sentencia C-089-98 declaró la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 352 de 1997 que consagra pagos compartidos y cuotas moderadoras para los beneficiarios de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Y en la Sentencia C-542-98 declaró la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, que consagra pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles aplicables a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud. No obstante, en los dos pronunciamientos la declaratoria de exequibilidad se condicionó en el sentido que 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 el afiliado, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes. En tales pronunciamientos se destacó que la finalidad con que el legislador consagró tales pagos, racionalizar el uso del sistema y

contribuir a su financiación, eran compatible con el Texto Superior.

11 Sentencia T-328 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz. En esta oportunidad, la Corte estudió el caso de un enfermo de VIH quien no contaba con las semanas necesarias para tener acceso a los medicamentos que requería.

12 C-265 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-639 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.

13 T-745 de 2004 . M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta tutela fue estudiada la procedencia de la inaplicación de la normatividad referente a copagos de un menor que padecía de leucemia.

14 T-328 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz.

15 T-058 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-178 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otros casos.

16 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

17 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

18 M.P. Manuel José Cepeda.

19 M.P. Rodrigo Escobar Gil. La Corte Constitucional en el caso de una vinculada que le quedaba imposible cubrir los copagos tuteló el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas y ordenó a la Secretaría Municipal de Salud proporcionar a su costa los medicamentos necesarios para el tratamiento que requería.

20 M.P. Jaime Araujo Rentería. En esta providencia, la Corte consideró que en virtud de la imposibilidad del cubrimiento de pago moderador de una mujer perteneciente a la población vinculada que a este tipo de personas no se les podía exigir cuota de recuperación cuando se trataba de enfermedades de alto costo. En esa medida, se ordenó a la Secretaría de Salud Departamental abstenerse de cobrarle a la accionante suma alguna por concepto de cuotas de recuperación con ocasión del tratamiento a que fue sometido en razón de la enfermedad catastrófica que padecía.

21 M.P. Jaime Córdoba Triviño. La Corte Constitucional también ha dado directamente la

orden de asumir el 100% del costo del tratamiento a las IPS. Por ejemplo, en la Sentencia T-411/03, al abordar el caso de un tutelante vinculado al sistema de salud, portador de VIH y clasificado en el nivel 2 del SISBEN, que debido a la enfermedad que padecía había visto mermada su capacidad laboral y no contaba con recursos económicos para cancelar el 10% de los medicamentos que le habían sido prescritos por sus médicos tratantes, ordenó a la I.P.S. continuar prestándole los servicios que requiriera de manera ininterrumpida, y a la entidad territorial a cargo de su atención, asumir el costo de la totalidad del tratamiento y los medicamentos.

22 M.P. Manuel José Cepeda. En esta decisión, la Corporación consideró que la madre de una menor no se encontraba obligada al pago de cuotas de recuperación por el tratamiento de quimioterapia que le estaba siendo suministrado.

23 M.P. Manuel José Cepeda. En dicha oportunidad, la Corte estudió el caso de un cuadraplégico a quien le era imposible el pago de cuotas de recuperación para asumir el tratamiento de la enfermedad que padecía por su situación económica y física. Así mismo, al no poder moverse no podía asumir el pago del transporte hasta el Centro de Salud. La Corte ordenó a la Secretaría de Salud de Bogotá: (i) suministrarle transporte gratuito al peticionario, para que de esta manera pudiera asistir a la atención médica especializada que le fue ordenada y la que en adelante se le siguiera programando en esta institución y (ii) Asumir el 100% del costo del tratamiento sin solicitar cuota de recuperación alguna.

24 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En esta sentencia, la Corte estudió el caso de una afiliado al régimen contributivo, el cual afirmaba no tener la capacidad económica para asumir el costo de los medicamentos para el tratamiento de la parálisis que padecía.

25 M.P. Jaime Araujo Rentería.

26 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. La Corte Constitucional estudió el caso de una vinculada que afirmó en su escrito de tutela no contar con los recursos económicos para efectuar el pago que se le estaba exigiendo, correspondiente al 10% del examen "Angio-resonancia cerebral". La Corporación tuvo por ciertos los hechos relatados por la actora en su escrito de tutela, aplicando la presunción referida.

27 M.P. Clara Inés Vargas. En esta oportunidad la Corte estudió el caso de una mujer

perteneciente al régimen contributivo, que sufría de esclerosis múltiple secundaria progresiva a la cual le fue prescrito un medicamento excluído del POS, cuyo costo mensual ascendía a seis millones de pesos. La peticionaria afirmó no tener la capacidad económica para asumir su costo. La Corporación ordenó a la EPS asumir el 100% del costo de la medicina.

28 En este mismo sentido, puede estudiarse la sentencia T-287 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta acción el accionante solicitó se tutelaran sus derechos a la salud, a la vida y al derecho fundamental de petición, toda vez que desde el año 1995 se le realizó un estudio socioeconómico, que le permitió ingresar al sistema de salud en calidad de vinculado. Sin embargo, no le cubría ningún medicamento y se encontraba en la imposibilidad económica de adquirirlos. Así mismo, en dicha decisión se afirmó que frente a los afiliados del régimen subsidiado su falta de capacidad de pago se presume, partiendo de la base de que pertenecer a los sectores más pobres de la sociedad.

29 Cfr. Sentencia T-307 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

30 En sentencia T-045 de 2005 la Corte Constitucional estudió el caso de una persona que sufría de una enfermedad mental estableciendo: “En cuanto se refiere a la protección de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente, el artículo 13 Constitucional establece de manera general, que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. Y, de manera particular, el artículo 47 de la Constitución establece que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

En sentencia T-225 del 2005. M.P. Clara Inés Vargas. la Corte Constitucional al estudiar el caso de ancianos indigentes estableció en cuanto al punto del estado de debilidad manifiesta que: “El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el

gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones

Dentro del Estado social de derecho es muy importante la protección a personas con debilidad manifiesta. Este es un objetivo que no se debe ver como una limosna sino como algo resultante del derecho a la igualdad, dentro de los parámetros del constitucionalismo humanista.

31 Estos artículos disponen: “43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.” II “43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.”