

Sentencia T-540/06

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

AGENCIA OFICIOSA EN CASO DE MENORES DE EDAD-Procedencia y no aplicación de rigorismo procesal en cuanto a manifestación de no estar en condiciones de promover su propia defensa

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo

Los niños en Colombia se encuentran cobijados por un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los derechos de los demás. Por ende, el Estado tiene el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños pues por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política es fundamental y autónomo lo que significa que no requiere estar en conexidad con otro derecho de rango fundamental para que la tutela proceda. En consecuencia, ante situaciones que representen la vulneración del derecho a la salud de un niño, por ejemplo la negativa a practicar un procedimiento quirúrgico por razones económicas, el juez de tutela está en la obligación de protegerlo de forma inmediata, es decir, bajo el postulado de la primacía de los derechos de los niños.

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Función básica

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Conformación

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Destinatarios

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Alcance

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Beneficiarios

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Tiene como finalidad atender a toda la población pobre y vulnerable del país

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Entidades habilitadas para la prestación de servicios médicos

La atención médica requerida por el afiliado subsidiado es prestada por las empresas administradoras del régimen subsidiado (ARS), las cuales podrán ser las Entidades Promotoras de Salud -EPS de naturaleza pública, privada o mixta, Empresas Solidarias de Salud -ESS- y las Cajas de Compensación Familiar, que cumplan con los requisitos legalmente establecidos para garantizar la eficiente prestación del servicio. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera servicios adicionales a los incluidos en el POS-S y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Obligaciones frente a servicios no incluidos en el POS-S/REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Prestación servicios médicos no incluidos en el

## POS-S

En cuanto a la responsabilidad de las administradoras del régimen subsidiado frente a los procedimientos y suministros no POS-S, de conformidad con el artículo 4º del Acuerdo 72 CNSSS, dichos procedimientos, no son de carácter obligatorio para las ARS y en consecuencia aquellas no deben realizarlos ni financiarlos. Los tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado 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, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta. Así pues, cuando el servicio de salud requerido se encuentre excluido del POS-S, la atención de los beneficiarios al régimen subsidiado podrá efectuarse por instituciones públicas o privadas que tengan contrato con la entidad territorial encargada de asumir la responsabilidad, de acuerdo con su capacidad de oferta. Cuando el tratamiento médico solicitado se encuentre incluido en el POS-S las ARS están obligadas a otorgar sus beneficios. Las administradoras desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo, ya que dentro de sus funciones está organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados (...) Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras de servicios y profesionales de salud

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Niveles de complejidad para la atención médica

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Debe garantizar directa o indirectamente prestación POS-S

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cuotas moderadoras y copagos/DERECHO A LA SALUD-Incapacidad económica para pago de cuota moderadora no es óbice para recibir tratamiento médico

Las cuotas recuperadoras o pagos moderadores entre ellas los copagos, como instrumentos del SGSSS para garantizar su viabilidad y equilibrio financiero, son legítimas en la medida en la que no se utilicen para obstaculizar el acceso a los servicios de salud de la población más pobre y vulnerable del país. Si bien, los beneficiarios del régimen subsidiado deben contribuir a financiar el valor de los servicios de salud por medio de copagos, ello no justifica que ante situaciones de incapacidad económica para cancelar los copagos, el SGSSS este autorizado para negar la prestación de los servicios médicos solicitados. Ante tales situaciones los derechos fundamentales deben primar sobre cualquier otro tipo de derechos, más aún si se trata de los derechos fundamentales de los niños entre ellos la salud y la seguridad social, lo que implica la orden de practicar el servicio médico solicitado en virtud de la primacía de los derechos de los niños sobre otra clase de derechos.

PAGOS COMPARTIDOS Y CUOTAS MODERADORAS EN SALUD-Constitucionales por estratificación socioeconómica

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Repetición contra el Fosyga

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-El no pago de la cuota moderadora no puede ser una barrera de acceso a la salud de los más pobres

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas probatorias

INCAPACIDAD ECONOMICA DE PERSONA QUE REQUIERE MEDICAMENTO-Manifestación sobre carencia de recursos económicos no requiere prueba

DERECHO A LA SALUD-Menor que padece hernia en ingle derecha/ ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Práctica cirugía herniorrafia inguinal sin pago de cuota moderadora

Referencia: expediente T-1318247

Acción de tutela instaurada por Victoria Eugenia Beltrán en representación de su hija Nicolle Dayana Ríos Beltrán contra la ARS Caprecom.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil seis (2006).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara

Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Restrepo Valle del Cauca, dentro de la acción de tutela instaurada por Victoria Eugenia Beltrán en nombre y representación de su hija Nicolle Dayana Ríos Beltrán contra la ARS Caprecom.

### I. ANTECEDENTES

La señora Victoria Eugenia Beltrán interpuso acción de tutela contra la ARS Caprecom, por considerar vulnerados los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de su hija, Nicolle Dayana Ríos Beltrán. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

#### 1. Hechos

a. Afirma que es madre cabeza de familia de cinco niños, ente ellos Nicolle Dayana Ríos quien se encuentra afiliada como beneficiaria al régimen subsidiado de salud en la ARS Caprecom.

a. Expresa que su hija requiere con urgencia la práctica de una cirugía denominada “Herniorrafia inguinal” con la finalidad de curar la hernia en la ingle derecha que le fue diagnosticada, intervención quirúrgica que no se ha podido realizar desde hace más de un año por razones económicas.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

a. Manifiesta que el Hospital San José, ubicado en la ciudad de Buga, está condicionando la realización de la cirugía a que se cancele la suma de 120 mil pesos como copago, “suma de dinero que no está a mi alcance, ya que actualmente me encuentro desempleada y debo brindar alimentos a cinco hijos menores”. En consecuencia, aduce que solicitó una rebaja u opciones de pago pero le manifestaron que no era posible, perdiendo el turno que le habían asignado para la cirugía de la menor. Debido a esto le toco “hacer de nuevo todo el trámite para otras nuevas autorizaciones porque en CAPRECOM, no quisieron renovar las autorizaciones anteriores, en este momento tengo en tramite las nuevas autorizaciones ya que la cirugía de mi hija es requerida con urgencia la cual no le quiere realizar el hospital hasta que no cancele por adelantado el copago”.

a. Así mismo, asegura que de no practicarse el citado procedimiento se pondría en riesgo la salud y hasta la vida de la menor Nicolle Ríos, pues los médicos le “han manifestado que esto puede perjudicar sus ovarios ya que la hernia esta muy avanzada”.

Por todo lo anterior, solicita que se ordene a la ARS Caprecom practicar a Nicolle Ríos la cirugía denominada “herniorrafia inguinal” y la exonere de asumir el copago.

2. Respuesta del ente demandado

Elbert Díaz Lozano, en calidad de Director Territorial Regional del Valle del Cauca, solicita que

se desestime la acción de tutela pues “CAPRECOM le ha brindado toda la atención al accionante de acuerdo a su patología se le han expedido todas las ordenes médicas y en ningún momento se le han vulnerado sus derechos fundamentales”.

Sostiene que la menor Nicolle Ríos se encuentra afiliada a Caprecom en el régimen subsidiado desde el 28 de junio de 2004 en el municipio de Restrepo. Esgrime que en virtud de lo anterior se le ha brindado la atención médica necesaria incluida en el POS-S.

Afirma que Caprecom expidió a favor de la menor Nicolle las órdenes No 003 y 004 para la práctica de la cirugía de hernia inguinal en el Hospital San José de Buga “en el que tenemos contrato para dicha cirugía”.

Por último, señala que para la práctica de la cirugía que requiere la menor, el artículo 11 del Acuerdo 260 de 2004<sup>1</sup> establece que debe realizarse un copago que la entidad accionada “no tiene competencia para exonerar”.

### 3. Pruebas

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

\* Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Victoria Eugenia Beltrán (folio 6 cuaderno original).

- Fotocopia del registro civil de nacimiento de la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán

nacida el 19 de enero de 2002 cuyos padres son Victoria Eugenia Beltrán y Omar Antonio Ríos Ballesteros (folio 5 cuaderno original).

\* Fotocopia del Acuerdo 260 del 4 febrero de 2004, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (folio 15 cuaderno original).

- Fotocopia del carné de la ARS Caprecom en el que se aprecia que la menor está afiliada a la misma en el régimen subsidiado, estrato socioeconómico 2, desde el 1º de junio de 2004 (folio 7 cuaderno original).

\* Fotocopia de un escrito emitido por Caprecom, de fecha 11 de marzo de 2005, en el que se indica que Nicolle Dayana Ríos presenta hernia inguinal y requiere valoración y anestesiólogo según la remisión del médico Mario Herrera (folio 21 y 32 del cuaderno original).

\* Fotocopia de la solicitud de turno de la operación denominada “herniorrafia” en la Fundación Hospital San José de Buga, de fecha 15 de diciembre de 2005 (folio 9 y 33 cuaderno original).

\* Fotocopia de la orden de autorización del procedimiento quirúrgico denominado “herniorrafia”, prescrito para manejar la hernia inguinal derecha diagnosticada a la menor, proferida por la oficina de autorizaciones régimen subsidiado CAPRECOM, de fechas 11 de marzo de 2005 y 10 de enero de 2006. En los citados escritos se consigna que la accionante debe asumir como copago el 10 % (folio 8, 22 y 31cuaderno original).

\* Fotocopia del valor de los copagos para el año 2006 en el régimen subsidiado. Así pues, para el nivel 1 el porcentaje del valor del servicio es del 5 % con un copago máximo por evento de 102 mil pesos y un copago máximo en el año de 204 mil pesos. Para el nivel 2 el porcentaje es del 10%, un copago máximo por evento de 204 mil pesos y un copago máximo en el año de 408 mil pesos (folio 16 cuaderno original).

\* Fotocopia de un escrito emitido por la secretaría de salud municipal del Valle del Cauca, de fecha 13 de febrero de 2006, dirigida al gerente del Hospital San José en el que se solicita prestar el servicio requerido por Nicolle Dayana Ríos: “servicio solicitado no POS-S, valor autorizado hasta 80 mil pesos” (folio 29 cuaderno original).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Del presente asunto conoció el Juzgado Promiscuo Municipal de Restrepo Valle del Cauca, que en providencia de 24 de febrero de 2006 denegó el amparo solicitado, al considerar que la exigencia que hace la entidad prestadora de salud de pagar un copago se ajusta a los contenidos del Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y a lo previsto en la Ley 100 de 1993, sin olvidar que en el presente caso no se configura ninguna de las excepciones que eximen el cobro del copago.

Por lo anterior, esgrime que no se accede al amparo solicitado “pues no se considera vulnerado el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida de la menor Nicolle Dayana Ríos”.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a la Sala establecer si se han desconocido los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán, quien se encuentra afiliada en el régimen subsidiado en la ARS Caprecom, con un diagnóstico de hernia en ingle derecha que puede afectar sus órganos reproductivos, por lo avanzada que esta, al condicionarse por parte del ente accionado la práctica del procedimiento quirúrgico denominado “herniorrafia inguinal” a la cancelación de un copago del 10 %, suma de dinero que la accionante expresa que no puede pagar porque es madre cabeza de familia de 5 niños y actualmente se encuentra desempleada.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala analizará previamente (i) si en el caso bajo revisión están dados los supuestos para el ejercicio de la acción de tutela por medio de agente oficioso; (ii) el carácter fundamental de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños; (iii) la función básica de las Administradoras del Régimen Subsidiado ARS; y por último (iv) si la ausencia de recursos económicos de una persona para cancelar las cuotas recuperadoras o pagos moderadores puede legitimar la negativa de una

EPS o ARS a practicar un servicio médico. Abordados estos asuntos, entrará a determinar si la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán tiene o no derecho al amparo solicitado.

### 3. Requisitos para actuar como agente oficioso en el trámite de la acción de tutela

El artículo 10 del Decreto 2591 de 19912 dispone que la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona que considere que le han violado o amenazado sus derechos fundamentales, quien podrá actuar directamente o a través de representante. Pero la norma contempla, además, la figura de la agencia oficiosa al establecer:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“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”

Al respecto, esta Corporación ha señalado que la agencia oficiosa es procedente cuando se afirme que se actúa como tal y se encuentre probado que el representado está en imposibilidad de promover por sí mismo la acción de tutela y en consecuencia su defensa.<sup>3</sup>

De igual forma, la Corte ha explicado que si se trata de agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de

“manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa, aparte de que ello es obvio tratándose de los niños. En consecuencia, tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.”<sup>4</sup>

En el caso objeto de revisión la señora Victoria Eugenia Beltrán manifestó actuar en representación de su hija Nicolle Dayana Ríos Beltrán, y está probado que Nicolle es menor de edad (folio 5) con un diagnóstico de hernia en la ingle derecha avanzada (folio 8, 21, 22, 31 y 32), lo que efectivamente le imposibilita ejercer su propia defensa, motivo por el cual en el presente caso la agencia oficiosa resulta procedente.

#### 4. El carácter fundamental de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños

El artículo 44 de la Carta consagra los derechos fundamentales de los niños, entre ellos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social. También dispone que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. <sup>5</sup> Por último, señala que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Así pues, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política, lo que implica que, tratándose de menores, no es necesario demostrar su conexidad con otro derecho fundamental<sup>6</sup>.

A dicha conclusión se ha llegado en múltiples oportunidades por la Corte Constitucional. En relación con lo anterior en sentencia SU-819 de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis, la Corte se refirió a este asunto en los siguientes términos:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños 7”.

En este mismo sentido, esta Corporación en sentencia T-610 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz, señaló:

“No hay ninguna duda que la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental, tal y como lo prevé el artículo 44 de la Constitución Política y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración afectan derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.” 8

“Es indudable que en el evento bajo estudio están en juego los derechos de un niño, y la Constitución consagra un régimen de protección especial para los menores, en el que se

proclama la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás. Además, en aplicación de ese régimen especial, la Corte Constitucional ha reiterado que en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen el carácter de derechos fundamentales por expresa disposición del artículo 44 de la Carta Política”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Finalmente, en sentencia T-036 de 2006, Jaime Córdoba Triviño, se manifestó que lo pretendido por el artículo 44 de la Constitución Política es “proteger de manera especial y preferente a los niños frente a la posible afectación de sus derechos fundamentales, ello significa que ante situaciones que representen peligro para un menor, el juez constitucional está en la obligación de actuar bajo el postulado de la primacía de sus derechos y en el entendido que para el caso del derecho a la salud este se constituye en fundamental sin necesidad de establecer algún tipo de conexidad. 9”

En suma, los niños en Colombia se encuentran cobijados por un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los derechos de los demás. Por ende, el Estado tiene el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños pues por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política es fundamental y autónomo lo que significa que no requiere estar en conexidad con otro derecho de rango fundamental para que la tutela proceda. En consecuencia, ante situaciones que representen la vulneración del derecho a la salud de un niño, por ejemplo la negativa a practicar un procedimiento quirúrgico por razones económicas, el juez de tutela está en la obligación de protegerlo de forma inmediata, es decir, bajo el postulado de la primacía de los derechos de los niños.

## 5. La función básica de las Administradoras del Régimen Subsidiado ARS

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- coexisten articuladamente, para

su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen subsidiado en salud<sup>10</sup>.

En consecuencia el SGSSS tiene varios tipos de destinatarios (i) Las personas afiliadas, como contribuyentes al régimen contributivo y los beneficiarios al régimen subsidiado y (ii) las personas vinculadas o participantes<sup>11</sup>.

En el caso particular del régimen subsidiado, considerado como el conjunto de normas que rigen la vinculación al SGSSS, cuando tal vinculación se hace mediante el pago de una cotización subsidiada total o parcialmente con los recursos fiscales o del fondo de solidaridad y garantía<sup>12</sup>, se ha establecido que tiene el propósito de financiar la atención en salud de las personas más pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar<sup>13</sup>, siendo en consecuencia lo anterior una forma de asegurar el ingreso de toda la población al sistema en condiciones equitativas, como una de las características básicas del SGSSS<sup>14</sup>.

Tienen particular importancia, dentro de los beneficiarios del régimen subsidiado, las “madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”<sup>15</sup>.

Así pues, el régimen subsidiado tiene como finalidad financiar la atención en salud de las personas más pobres y vulnerables del país que no tengan capacidad de cotizar.

Ahora bien, la atención médica requerida por el afiliado subsidiado es prestada por las empresas administradoras del régimen subsidiado (ARS), las cuales podrán ser las Entidades Promotoras de Salud -EPS de naturaleza pública, privada o mixta, Empresas Solidarias de Salud -ESS- y las Cajas de Compensación Familiar, que cumplan con los requisitos legalmente establecidos para garantizar la eficiente prestación del servicio.<sup>16</sup>

Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera servicios adicionales a los incluidos en el POS-S y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes<sup>17</sup>.

En cuanto a la responsabilidad de las administradoras del régimen subsidiado frente a los procedimientos y suministros no POS-S, de conformidad con el artículo 4º del Acuerdo 72 CNSSS, dichos procedimientos, no son de carácter obligatorio para las ARS y en consecuencia aquellas no deben realizarlos ni financiarlos. Los tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado 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, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.<sup>18</sup>

La Ley 715 de 2001<sup>19</sup> consagra los niveles de complejidad para la atención médica. En efecto, los municipios, a través de las ARS o en forma directa cuando está excluido del POS-S, deben garantizar la atención, los tratamientos y procedimientos en salud del primer nivel. Los niveles II, III y IV están a cargo de los departamentos y distritos especiales, quienes celebran contratos con las ARS para la atención del POS-S y con las entidades públicas y privadas que atenderán, en consideración con el subsidio de oferta, los tratamientos y

dolencias excluidas del plan obligatorio de salud subsidiado.<sup>20</sup>

Así pues, cuando el servicio de salud requerido se encuentre excluido del POS-S, la atención de los beneficiarios al régimen subsidiado podrá efectuarse por instituciones públicas o privadas que tengan contrato con la entidad territorial encargada de asumir la responsabilidad, de acuerdo con su capacidad de oferta.

Cuando el tratamiento médico solicitado se encuentre incluido en el POS-S las ARS están obligadas a otorgar sus beneficios. Las administradoras desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo, ya que dentro de sus funciones está “organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados (...) Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras de servicios y profesionales de salud.”<sup>21</sup>

En suma, en el régimen subsidiado, las ARS tienen el deber de organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, pues por regla general, los servicios excluidos de aquél no le son exigibles.

6. La ausencia de recursos económicos de una persona para cancelar las cuotas recuperadoras o pagos moderadores no puede legitimar la negativa de las EPS o ARS a practicar un servicio médico. Reiteración de jurisprudencia

En relación con el tema del pago de las cuotas recuperadoras o pagos moderadores, esta Corporación ha sostenido que el SGSSS debe dotarse de una racionalidad económica que lo haga viable<sup>22</sup>. A ello obedecen los copagos y las cuotas moderadoras, que por la misma ley

y los postulados de esta Corporación son legítimos.

En efecto, entre los instrumentos con que cuenta el sistema para garantizar su viabilidad y equilibrio financiero se encuentran las cuotas moderadoras y los denominados “copagos”. Las primeras constituyen un mecanismo que tiene por objeto “regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso<sup>23</sup>”, de esta manera se busca la racionalización del servicio frenando el consumo innecesario. De otro lado el pago compartido o “copago” es un instrumento mediante el cual el sistema paga una parte del valor del servicio requerido y el usuario asume la otra, y tiene como finalidad que éste contribuya al financiamiento del sistema<sup>24</sup>.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por ende, los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetos a cuotas moderadoras y a pagos compartidos. En el régimen contributivo los afiliados cotizantes y sus beneficiarios deben cancelar cuotas moderadoras, no sucediendo lo mismo con los copagos, que únicamente se cobran por los servicios requeridos por los usuarios que se encuentran afiliados en calidad de beneficiarios, es decir en el régimen subsidiado.

Así pues, los beneficiarios del régimen subsidiado deben financiar el valor de los servicios de salud que reciban, por medio de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el SISBEN de la siguiente manera:

“2. Para el nivel 1 del Sisbén y la población incluida en el listado censal, el copago máximo es del 5% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de una cuarta parte del salario mínimo legal mensual vigente. El valor máximo por año calendario será de medio salario mínimo legal mensual vigente.

3. Para el nivel 2 del Sisbén el copago máximo es del 10% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente. El valor máximo por año calendario será de un salario mínimo legal mensual vigente.<sup>25</sup>”

En el parágrafo del artículo 3° del Acuerdo 260 de 2004 se expresa que 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”.

Así mismo, en los artículos 156 y 216 de la Ley 100 de 1993 se consagra que el régimen subsidiado es financiado no sólo con “aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía” sino también parcialmente con los recursos de los beneficiarios en la medida de su condición socioeconómica.

Sin embargo, en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 se contempla que “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”.

La norma en cita, fue declarada exequible en sentencia C-542 de 1998, MP. Hernando Herrera Vergara, no obstante se condicionó su constitucionalidad en el entendido de que si “el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera”.

Con todo, en aplicación del principio de equidad, en el artículo 5° del Acuerdo 260 de 2004 se reitera la directriz trazada por el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que 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>27</sup>.

Sobre este asunto, esta Corporación ha reiterado que, en situaciones extremas, la imposibilidad de cumplir con la cancelación de estos dineros no puede conducir a la negación de la prestación del servicio de seguridad social en salud. Así mismo, la Corte Constitucional a través de sus diferentes Salas de Revisión ha señalado que cuando una persona requiera un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste, por no tener capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes, se deberá aplicar directamente la Constitución Política y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger sus derechos fundamentales.<sup>28</sup>

En estos eventos, se ha explicado que la prestación del servicio se brinda sin perjuicio del cobro a la respectiva subcuenta del Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA) o a la entidad territorial, según corresponda, del valor que haya cubierto la entidad y que debía pagar el paciente.

En sentencia T-328 de 1998, MP. Fabio Morón Díaz, esta Corte sostuvo:

“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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De igual forma, la Corte en sentencia T-617 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería, se pronunció sobre las cuotas recuperadoras argumentando que el pago de dichas cuotas no puede ser un obstáculo para la no prestación de los servicios de salud de la población más vulnerable de la sociedad. Al respecto sostuvo:

“La regla general es que los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a pagos moderadores (Ley 100 de 1993, artículo 187). Como puede advertirse, esta regla general no se aplica a la población vinculada sino únicamente a la población afiliada, ya sea mediante el régimen contributivo o mediante el régimen subsidiado. Los afiliados mediante este último régimen pagan un porcentaje de acuerdo al nivel en el que hayan sido clasificados.

No obstante que el legislador consagró esa regla general, manifestó expresamente que los pagos moderadores no podían concebirse como “barreras de acceso para los más pobres”. Es decir, la misma ley prevé que, en situaciones extremas, la imposibilidad de cumplir los pagos moderadores no puede conducir a la no prestación del servicio de seguridad social en

salud". (Negrillas fuera de texto).

En el mismo sentido esta Corporación en sentencia T- 940 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández, estimó que "la incapacidad financiera de una persona para cancelar las cuotas de recuperación no es razón suficiente para que no reciba un tratamiento o procedimiento médico, de presentarse esta extralimitación de la exigencia se vulnerarían los más altos postulados del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos."

Finalmente, en sentencia T-036 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño, la Corte consideró que las cuotas moderadoras y pagos compartidos son necesarios para la sustentación del sistema. No obstante, consideró que ellas "no pueden convertirse en una barrera para que las personas que no cuentan con los recursos económicos para cubrirlas puedan recibir un tratamiento médico, de tal manera que de existir una controversia alrededor de este asunto, ésta debe dirimirse a favor de la protección de los Derechos fundamentales. Lo anterior adquiere mayor importancia, como se verá en concreto frente a las circunstancias del caso revisado si el afectado con la decisión de la entidad prestadora de servicios de salud es un menor, pues para su caso, el derecho a la salud es de naturaleza fundamental y, por tanto, es procedente su protección a través del amparo constitucional no sólo en los eventos en que se afecten de forma grave los derechos a la vida y a la integridad física, sino también cuando se compruebe que, a raíz de la falta de atención médica, se impide el mantenimiento de adecuadas condiciones biológicas o psíquicas del niño."30

Como corolario, las cuotas recuperadoras o pagos moderadores entre ellas los copagos,

como instrumentos del SGSSS para garantizar su viabilidad y equilibrio financiero, son legítimas en la medida en la que no se utilicen para obstaculizar el acceso a los servicios de salud de la población más pobre y vulnerable del país. Si bien, los beneficiarios del régimen subsidiado deben contribuir a financiar el valor de los servicios de salud por medio de copagos, ello no justifica que ante situaciones de incapacidad económica para cancelar los copagos, el SGSSS este autorizado para negar la prestación de los servicios médicos solicitados.

Ante tales situaciones los derechos fundamentales deben primar sobre cualquier otro tipo de derechos, más aún si se trata de los derechos fundamentales de los niños entre ellos la salud y la seguridad social, lo que implica la orden de practicar el servicio médico solicitado en virtud de la primacía de los derechos de los niños sobre otra clase de derechos.

## 7. Caso Concreto

De acuerdo con los hechos y la jurisprudencia reseñada, procede esta Sala a determinar si la ARS Caprecom ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán por condicionar la practica del procedimiento quirúrgico denominado “herniorrafia inguinal” a la cancelación de un copago del 10%.

Del material probatorio obrante en el expediente, la Sala observa que la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán se encuentra afiliada a la ARS Caprecom en calidad de beneficiaria en el régimen subsidiado (folio 7).

Igualmente obran pruebas en el expediente que indican que a la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán le fue diagnosticada una hernia en la ingle derecha (folio 21 y 32), que en la

actualidad se encuentra avanzada, razón por la que el médico Mario Herrera ordenó, como única alternativa, el procedimiento quirúrgico llamado “herniorrafia inguinal” (folio 8, 21, 22, 31 y 32), cirugía que debe ser practicada con la finalidad de que su padecimiento no perjudique el estado de salud de sus órganos reproductivos.

El citado procedimiento quirúrgico se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S de conformidad con el Acuerdo 306 de 200531 proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Así pues, en el numeral 2º del mencionado acuerdo se consagra que la cobertura de servicios de segundo y tercer nivel de complejidad del POS-S cubre:

“2.7. Atención de los siguientes procedimientos quirúrgicos: Apendicectomía, Histerectomía, Colectomía, Herniorrafia inguinal, Herniorrafia crural y Herniorrafia umbilical, así como la esterilización quirúrgica femenina según las normas técnicas vigentes.

La cobertura se establece a partir de la prescripción del procedimiento quirúrgico por parte del especialista e incluye:

- En la fase preoperatoria, las actividades, procedimientos e intervenciones de complementación diagnóstica necesarias para la determinación de riesgos quirúrgicos y/o anestésicos.
- En la fase postoperatoria, el manejo ambulatorio y hospitalario por parte de la especialidad tratante de las complicaciones del procedimiento y de las complicaciones anestésicas por el anesthesiólogo, y termina cuando el paciente es dado de alta para el evento quirúrgico respectivo”.

En consecuencia, la niña Nicolle Dayana Ríos Beltrán, como afiliada al SGSSS, tiene derecho a que se le garantice la prestación del procedimiento quirúrgico denominado “herniorrafia inguinal”, incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Por ende, si la cirugía prescrita se encuentra incluida en el POS-S es obligación de la ARS Caprecom autorizar su práctica. Sin embargo, para la realización del mencionado procedimiento quirúrgico, la citada ARS exige que la demandante cancele un copago del 10%, suma de dinero que la demandante esgrime no tener.

La Sala considera que si bien la exigencia de los copagos se encuentra contemplada en la Ley y ha sido avalada por esta Corte, esta no puede de ninguna manera convertirse en un obstáculo para la prestación de servicios médicos entre ellos procedimientos quirúrgicos, más aún si quien requiere la prestación de estos es un niño, en cuyo caso el derecho a la salud se torna en fundamental y requiere de una protección inmediata. Por ende, en el asunto bajo examen se está ante la amenaza inminente del derecho fundamental a la salud de la niña Nicolle Dayana Ríos Beltrán y no ante una simple controversia económica.

En relación con las reglas probatorias en materia de incapacidad económica, esta Corporación ya se ha referido a este tema, así en sentencia T-683 de 200332, reiterada en las sentencias T-744 de 200433, T-499 de 200534 y T-514 de 200535, se consideró lo siguiente:

“(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". (Subrayado fuera de texto).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Como resultado, a la ARS Caprecom le corresponde controvertir y probar lo contrario a lo afirmado por la demandante en relación con la ausencia de recursos económicos para pagar el copago, so pena de que con la mera afirmación de la actora se tenga por acreditada.

Para la Sala es evidente la incapacidad económica de la madre de la menor para sufragar el copago exigido por la ARS Caprecom, pues se encuentra afiliada en el régimen subsidiado precisamente por pertenecer al estrato socio económico 2 de lo que se desprende que carece de recursos económicos. Además, la misma accionante afirma que es madre cabeza de familia de cinco niños y que actualmente se encuentra desempleada.

De la respuesta dada por la ARS Caprecom y del material probatorio obrante en el expediente, no se demuestra que la señora Victoria Beltrán perciba un salario, tenga rentas o

un trabajo estable. Por ende, se presume la buena fe, en los términos del artículo 83 Superior, de la señora Victoria Beltrán en relación con la afirmación de no tener recursos económicos para pagar el copago exigido por la ARS accionada para la práctica de la cirugía denominada “herniorrafia inguinal”.

En esa medida, tal y como lo estableció la Sala anteriormente, los copagos no pueden ser utilizados como excusa para obstaculizar la prestación de los servicios de salud de la población más vulnerable de la sociedad. Las condiciones de pobreza de una persona no pueden generar como consecuencia la no prestación de un servicio médico.

En consecuencia, al constatar la vulneración de los derechos fundamentales de la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán, esta Sala de Revisión resolverá aplicar directamente la Constitución Política y concederá la protección del derecho fundamental a la salud de Nicolle Dayana Ríos Beltrán. Así las cosas, se dispondrá que Caprecom ARS, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice y asuma el 100% del valor de la intervención quirúrgica denominada “herniorrafia inguinal” que requiere la niña Nicolle Dayana Ríos Beltrán para el manejo de la hernia en la ingle derecha que le fue diagnosticada.

#### IV. DECISIÓN

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

## RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Restrepo Valle del Cauca y en su lugar CONCEDER la tutela por los derechos fundamentales invocados a la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán.

SEGUNDO. ORDENAR a la ARS Caprecom que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice y asuma el 100% del valor de la intervención quirúrgica denominada “herniorrafia inguinal” que requiere la menor Nicolle Dayana Ríos Beltrán para el manejo de la hernia en la ingle derecha que le fue diagnosticada.

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3 En este sentido pueden consultarse las Sentencias T-693 de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-061 de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-863 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, T-1135 de 2001, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-452 de 2001, MP. Manuel José

Cepeda Espinosa, T-236 de 2000, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

4 Auto No 006 de 1996, MP Antonio Barrera Carbonell, a través del cual se revocó una providencia mediante la cual se rechazó una demanda de tutela bajo el argumento que la agencia ejercida por el peticionario no era viable.

5 La Convención Americana sobre derechos humanos, en su artículo 19 establece: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”

6 Sentencia T-569 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

7 Este precedente fue reiterado en la sentencia T-093 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

8 Cfr. Sentencias T-887 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz, T-556 1998 MP. José Gregorio Hernández, T-640 de 1997 MP. Antonio Barrera Carbonell.

9 Sobre este tema pueden estudiarse, entre otras, las sentencias T-075 de 1996 MP. Carlos Gaviria Díaz; T-286/98 MP. Fabio Morón Díaz T-558 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero; T-046 de 1999 MP. Hernando Herrera Vergara; T-887 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz; T-414 de 2001 MP. Clara Inés Vargas Hernández; T-421 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-972 de 2001 MP. Manuel José Cepeda T-1019 de 2002 MP. Alfredo Beltrán Sierra y T-530 de 2004 MP. Jaime Araújo Rentería, T-338 de 2005.

10 Artículo 201 Ley 100 de 1993

11 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

12 Artículos 156 Ley 100 de 1993.

13 Artículo 157, 212 y 213 Ley 100 de 1993 y artículo 29 Decreto 806 de 1998.

14 Artículo 156 Ley 100 de 1993

15 Artículo 157 y 213 Ley 100 de 1993.

16 Artículo 1º Decreto 1804 de 1999.

17 Artículo 31 Decreto 806 de 1998 y Acuerdo 049 de 1996 CNSSS.

18 Resolución 3384 de 2000.

19 Artículo 43, 44, 45, 49.

20 Artículo 42 Acuerdo 244 de 2003 CNSSS.

21 Artículo 9 Acuerdo 072 de 1997 CNSSS y el Artículo 4 Decreto 1804 de 1999.

22 Ver sentencia T - 411 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

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

24 Artículo 3º Acuerdo 260 de 2004 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

25 Artículo 11 Acuerdo 260 de 2004

26 Artículo 160 “Deberes de los afiliados y beneficiarios. Son deberes de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes: 3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar”.

27 Sentencia T-946 de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería.

28 Sentencias T-062 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett, T-133 de 2003 MP. Jaime Araujo Rentería, T-819 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1153 de 2003 MP. Alfredo Beltrán Sierra y T-714 de 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes, T- 868 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

29 Sentencia C-265 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero y T-639 de 1997, MP. Fabio Morón Díaz.

30 Sentencia T-837 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño.

31 Diario oficial 46.096 (viernes 18 de noviembre de 2005) “Por medio del cual se define el

Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”.

32 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

33 MP. Manuel José Cepeda Espinosa

34 MP. Rodrigo Escobar Gil.

35 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.