

Sentencia T-555/07

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA/AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA

DERECHO A LA SALUD-Naturaleza/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliados y beneficiarios están sujetos a pagos compartidos y cuotas moderadoras

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cuotas moderadora o copagos no pueden convertirse en barreras de acceso al servicio para personas que no tiene recursos económicos

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliados al régimen subsidiado del nivel I del Sisbén están exentos de pagos compartidos y cuotas moderadoras

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Presupuestos para que un afiliado al régimen subsidiado sea excluido del pago de cuotas moderadoras

Pueden sistematizarse los presupuestos para que una persona afiliada al régimen subsidiado sea excluida del pago de cuotas moderadoras: (i) que el tratamiento sea prescrito por el médico tratante; (ii) que exista una afectación grave del derecho a la salud y a la vida digna; y (iii) que se evidencie una incapacidad económica del actor, máxime si dicha incapacidad no fue controvertida por la entidad demandada.

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Finalidad

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Medidas que deben tomar las ARS para proteger los derechos fundamentales de los usuarios

Frente a los eventos en los cuales las A.R.S. no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas, prestar determinados servicios médicos o suministrar medicamentos, por no estar incluidos en el Plan Obligatorio de salud subsidiado POS-S, la protección de los derechos fundamentales puede llevarse a cabo de dos maneras, oportunas y diligentes, para no desconocer los derechos de los peticionarios. Una primera medida está orientada a que la A.R.S. realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a

la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA o contra las Direcciones Seccionales de Salud por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo. Una segunda medida es la orden a la A.R.S. de que coordine con la entidad pública o con la privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario.

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

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Práctica de cirugía e implantación de válvula a menor que padece hidrocefalia

Referencia: expediente T-1580269

Acción de tutela interpuesta por Natividad Arias Aragón en representación de su hijo menor Daniel Alfonso Ordoñez Arias contra la Secretaría de Salud de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil siete (2.007).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JAIME ARAÚJO RENTERÍA, JAIME CORDOVA TRIVIÑO y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

que pone fin al trámite de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado 17 Civil Municipal de Bogotá de 9 de febrero de 2007, dentro de la Acción de Tutela seguida por Natividad Arias Aragón en Representación de su hijo menor Daniel Alfonso Ordoñez Arias contra la Secretaría de Salud de Bogotá.

I. LOS ANTECEDENTES.

Funda la parte actora, el petitum de su escrito tutelar en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Los hechos.

Señala la accionante que su hijo menor, Daniel Alfonso Rodríguez, tiene 5 años de edad, y nació con MIELOMELINGOCELE, lo que ha ocasionado que se le desarrolle una HIDROCEFALIA y PIE-EQUINIVARO, razón por la cual ha tenido que someterse a varios procedimientos quirúrgicos.

Indica que desde hace nueve meses ha estado siendo atendido en el Hospital Simón Bolívar, por un Pediatra Neurocirujano, pero también requiere de Terapia Física y Ocupacional, sin que en la actualidad haya podido asumir el tratamiento que requiere su hijo de manera integral, pues no cuenta con los recursos para asumir los copagos que debe realizar, toda vez que se encuentra inscrita en Nivel III del SISBEN.

Que esa circunstancia la obliga a asumir el 30% de los procedimientos que se le deben practicar al menor y, ha sido tan grave su situación que solamente en el último mes tuvo que ser hospitalizado en dos oportunidades, teniendo que firmar letras de cambio por las sumas correspondientes a su deuda para permitirle su salida.

Actualmente, el Neurocirujano que atiende a su hijo, lo remitió para que de manera prioritaria se le realice cirugía para implantar una VALVULA como consecuencia de su HIDROCEFALIA, procedimiento que tiene un costo aproximado de \$10.000.000.oo.

Indica que no cuenta con los medios suficientes para asumir siquiera el 30% que le correspondería por pertenecer al Nivel III del SISBEN, además de que la no realización de los tratamientos ordenados por los especialistas, ponen en peligro la vida y la integridad de su hijo.

Asegura que no obstante su evidente incapacidad económica, se ha dirigido en varias oportunidades a la Alcaldía y en particular a la Secretaría de Planeación Distrital, solicitando que se le rebaje el nivel en que se encuentra en el SISBEN, advirtiendo sus precarias condiciones sociales y económicas y sin que ello hasta la fecha haya sido posible.

2. Las pretensiones.

La accionante, quien actúa en representación de su hijo Daniel Alfonso Ordoñez, presentó recurso de amparo solicitando la protección de los derechos del menor a la salud, integridad física y vida en condiciones dignas. En ese sentido, solicita que se ordene a la Secretaría Distrital de Salud, asumir el 100% de la cirugía que requiere su hijo para el implante de una válvula por su problema de HIDROCEFALIA, y que en adelante se le garantice el cubrimiento de ese mismo porcentaje en el tratamiento integral que en lo sucesivo necesite.

3. La intervención de la Entidad accionada.

En respuesta a lo ordenado por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, luego de admitir la acción de tutela de la referencia mediante proveído de 23 de octubre de 2006, la Secretaría de Salud describió en oportunidad el traslado para ejercer su defensa procesal en la cual solicitó que se negara la tutela, pues, según su dicho no se han violentado derechos fundamentales. Aduce que, de acuerdo con la base de datos que arrojó el sistema, la accionante fue clasificada en el Nivel III del SISBEN, producto de una encuesta realizada el 22 de octubre de 2005.

Al mismo tiempo señala la Secretaría de Salud, que todo lo relativo a la revisión o modificación de la clasificación en el SISBEN, es asunto cuya competencia está en el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, siendo ese ente el que debe determinar la realización de un nuevo estudio.

Por último, indica la entidad en su contestación, que no existe ninguna prueba que de cuenta de que la actora hubiere realizado solicitud alguna a la Secretaría de Salud Distrital y que la misma haya sido atendida o rechazada injustificadamente.

II. ACTUACION PROCESAL Y DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA.

1. La actuación adelantada.

El Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de noviembre de 2006, resolvió NO TUTELAR, los derechos fundamentales invocados como violados.

Argumentó el Órgano Judicial de instancia que en el caso examinado no están acreditadas suficientemente las exigencias mínimas para otorgar el amparo impetrado.

Señala el a-quo, que no se advierte, y así tampoco lo indica la accionante que se le haya negado la prestación de una intervención quirúrgica. En el mismo sentido, argumenta el Juez del conocimiento que tampoco existe prueba de que se le haya exigido la cancelación del copago, correspondiente al 30%, por encontrarse como beneficiaria del régimen subsidiado en el Nivel III, del valor presunto de la operación a la que debe someterse el menor.

Por último, indica que lo que parece es que la accionante procura una reclasificación del SISBEN, lo que se traduce en un asunto litigioso ajeno a los fines de la acción de tutela. Contra esa sentencia, sin presentar argumento alguno, la parte actora recurrió en impugnación.

Estando para resolver el asunto en disputa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto de 1º de diciembre de 2006 declaró la nulidad de todo lo actuado, invocando una falta de competencia con fundamento en el decreto 1382 de 2000, para lo cual dejó vigente únicamente las pruebas practicadas. En tal virtud, dispuso el Tribunal la remisión del expediente para que por su conducto fuese remitido ante los Jueces Penales Municipales, en donde sí estaba radicada la competencia.

2. Sentencia de primera instancia.

En cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Superior, Sala Penal, y luego de realizado el respectivo reparto, el asunto correspondió al Juzgado 17 Penal Municipal quien despachó las súplicas de la acción de tutela en forma negativa.

Motivó su decisión, arguyendo que la petición de la accionante, lejos está de comprometer los derechos fundamentales a la vida, integridad física y salud y que se reclaman en el escrito de tutela.

Igualmente considera esa agencia judicial que, lo reclamado por la actora es una reclasificación en el SISBEN, lo que no es del resorte del Juez Constitucional.

Por último, asegura el Juzgado que la prestación del servicio médico ha sido satisfactorio, de suerte que lo pretendido se enmarca en un asunto eminentemente legal que también escapa a la jurisdicción constitucional.

III. LAS PRUEBAS RELEVANTES QUE SE ARRIMARON AL TRAMITE.

Se tuvieron como tales las siguientes:

- * Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante, (folio 6)

- * Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor Daniel Alfonso Ordóñez (folio 7)

- * Copia de la constancia del SISBEN (folio 8)

- * Copia de la historia clínica del menor Daniel Ordóñez Arias (folios 9-14)

- * Copia del derecho de petición dirigido a Planeación Distrital de fecha Julio 28 de 2006, solicitando visita domiciliaria para obtener una reclasificación en el SISBEN (folio 15)

- * Copia de la respuesta al mencionado derecho de petición, en la que se le indica a la peticionaria que su solicitud se sujetará al trámite de ley, y será atendida según el turno que le corresponda (folio 16)

- * Declaración jurada de la señora Natividad Arias Aragón rendida ante el Juzgado 17 Civil Municipal (folio 64, 65)

IV. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. La competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar las

decisiones judiciales mencionadas en precedencia.

2. El asunto bajo revisión.

En el caso sub lite, la señora Natividad Arias Aragón, en representación de su hijo menor Daniel Alfonso Ordoñez Arias, presentó acción de tutela solicitando la protección de sus derechos constitucionales a la salud, integridad física y vida digna. Igualmente, reclama que se ordene a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, asumir el 100% de la cirugía que requiere su hijo para el implante de una válvula por su problema de HIDROCEFALIA, y que en adelante garantice cubrir en ese mismo porcentaje en el tratamiento integral que en lo sucesivo necesite.

3. Problema Jurídico.

El presente caso plantea la necesidad de que el menor Daniel Alfonso Ordoñez Arias reciba la intervención quirúrgica indispensable para controlar la HIDROCEFALIA y PIE-EQUINIVARO que lo aqueja, la cual no le ha sido practicada porque su familia no cuenta con los recursos necesarios para cubrir los valores correspondientes a los copagos y que ascienden a la suma de TRES MILLONES DE PESOS.

Habida cuenta de lo anterior, para resolver el problema jurídico planteado, la Sala expondrá: (i) la legitimación por activa en la acción de tutela y la agencia oficiosa. Reiteración de jurisprudencia; (ii) La naturaleza del derecho a la salud y su protección constitucional para los niños; (iii) fundamento normativo y alcance de la exigencia de pagos compartidos a los afiliados al régimen subsidiado de seguridad social en salud; (iv) El régimen subsidiado. La responsabilidad de las ARS frente al suministro de servicios excluidos del POS y sus diferentes alternativas de protección. (v) Por último, se referirá la Corte al caso concreto y determinará así, si existió o no violación de alguna garantía fundamental.

4. Legitimación por activa en la acción de tutela y la agencia oficiosa. Reiteración de jurisprudencia.

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución Política, dispone: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la

protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 reglamentario de la acción de tutela advierte:

“Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por si 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 podrá ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales”. (Subrayado fuera de texto).

Al respecto conviene recordar, para precisar, que de acuerdo con lo dispuesto en la normativa ibidem, el amparo constitucional puede ser solicitado directamente por la persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, o a través de sus representantes legales, contractuales, judiciales, y por agentes oficiosos, como manifestación del principio de la informalidad en que se inspira el trámite.

En efecto, las normas que regulan la materia y la jurisprudencia constitucional, coinciden en señalar que la legitimación por activa en la acción de tutela se refiere al titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados. Sin embargo, tanto las normas como la jurisprudencia, consideran válidas tres vías procesales adicionales para la interposición de la acción de tutela: (i) a través del representante legal del titular del derecho fundamental presuntamente conculcado (menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas); (ii) por intermedio de apoderado judicial (abogado titulado con poder o mandato expreso); y, (iii) por medio de agente oficioso.¹

En la última de las hipótesis, esto es, cuando el recurso de amparo se presenta a través de

un agente oficioso, esta Corporación ha señalado que conforme al artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la agencia oficiosa se deriva de la imposibilidad del titular de los derechos fundamentales de promover su propia defensa ante el juez de tutela. Es decir, a fin de garantizar la protección y eficacia de los derechos fundamentales del agenciado, la ley y la jurisprudencia admiten la presentación de la acción de amparo por medio de un tercero indeterminado² que actúe en a su favor, sin la mediación de poderes.

5. Naturaleza del derecho a la salud y su protección constitucional para los niños.

En principio, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos, que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilicen y optimicen la eficacia del servicio público y que sirvan además para mantener el equilibrio del sistema. No obstante son protegidos, -debe insistirse-, como derechos fundamentales, cuando como consecuencia de su vulneración se atente contra derechos que sí tengan la categoría de tales.³

En efecto, con relación a las mencionadas garantías, - y en este caso especialmente, por tratarse de un menor de edad- ambas de la llamada segunda generación de los derechos humanos, ha dicho esta Corporación:

“El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.⁴”

Recordemos que este Colegiado,⁵ ha sido reiterativo al afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de ciertas anomalías -aún cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente

tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias y buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad.⁶

En desarrollo de lo arriba señalado, el numeral 3º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, consagra la protección integral en salud al disponer: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

A su vez, el literal c) del artículo 156 de la ley 100 de 1993 señala que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.”

En el caso de los niños, sin embargo, la salud goza de la jerarquía de derecho fundamental y, además, según lo ha entendido la doctrina de la Corte, ostenta una protección constitucional reforzada, entre otras razones por cuanto las garantías que se predicán de dichos sujetos prevalecen sobre las demás.

Así, es el mismo artículo 44 de la Constitución Política, el que ha determinado que los derechos de los niños priman sobre los de las demás personas, y algunos de los que no se entienden fundamentales para otros sujetos, lo serán para ellos. Tal artículo de la Carta ha dispuesto expresamente que son derechos fundamentales de los niños y, por tanto, susceptibles de amparo por el juez constitucional, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión; señala además, que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La Constitución Colombiana no ha hecho en este sentido nada diferente que reiterar lo que los pactos y tratados internacionales han establecido. De igual manera, cabe recordar, que tales instrumentos del derecho internacional, han sido ratificados por la República de

Colombia, y por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política.

Bajo este entendido, es claro que el Estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, debiendo adelantar una política de específica atención hacia ellos.

6. Fundamento normativo y alcance de la exigencia de pagos compartidos a los afiliados al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

Dispone el Texto Constitucional, en su artículo 48 que:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.”

En desarrollo de la disposición constitucional fue expedida la ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”⁷.

A su turno, se ocupó la Corte del tema materia de análisis en la sentencia T-301/07 (M.P. Jaime Araujo Rentería), cuando se argumentó:

“En efecto, con el objetivo de “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”⁸, el legislador estableció dos regímenes de afiliación al sistema de seguridad social en salud: el régimen subsidiado y el régimen contributivo.

Con relación al régimen subsidiado en salud⁹, el artículo 157 de la citada ley indica que sus afiliados, a diferencia de los afiliados al régimen contributivo, “son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización” al sistema de seguridad social. Al

respecto, el mismo artículo precisa: “Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana.”

En cuanto a la administración del régimen en comento, el artículo 215 de la ley, dispone que esta es responsabilidad de las direcciones municipales, distritales y departamentales de salud. Así mismo, indica que las direcciones de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud¹⁰, quienes a su vez, afiliarán a los beneficiarios del subsidio, y prestarán directa o indirectamente los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado - POS”.

Conforme a lo anterior, el artículo 187 de la ley 100 de 1993 señala:

“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.” (Subrayado fuera del texto original).

Ahora, frente a la exigencia de pagos compartidos a los afiliados del régimen subsidiado¹², el Acuerdo 260 de 2004 “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social, en su artículo 11 dispuso: “Los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén (...)”.

Recientemente, y con el objeto de “realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios”¹³, el Congreso de la República expidió la ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen

algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

Con relación al cobro de pagos compartidos en el régimen subsidiado de seguridad social en salud, la mencionada ley introdujo importantes modificaciones a las normas legales y reglamentarias que regulan dicho cobro¹⁴.

En suma, de acuerdo con las normas reglamentarias que desarrollan la materia, por regla general los afiliados al régimen subsidiado de seguridad social en salud deben efectuar pagos compartidos – copagos a fin de obtener la prestación de los servicios médicos previstos en el POS. Dichos copagos, deben ser liquidados de conformidad con el nivel de clasificación del SISBÉN en el que se encuentre el afiliado. Sin embargo, en concordancia con ley 1122 de 2007, los afiliados al régimen subsidiado en salud clasificados en el nivel I del SISBÉN, -insiste la Sala- se encuentran exentos de la cancelación de pagos compartidos y cuotas moderadoras.

Con relación a las exigencias de cuotas moderadoras y pagos compartidos, la Corte precisó en sentencia T-841 de 2004: “Con todo, esta Corporación ha hecho énfasis en que una exigencia reglamentaria, si bien no es contraria a la Constitución, no puede aplicarse cuando con ella se desconozcan los derechos fundamentales a la vida y a la salud, por lo que “la protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual”¹⁵.

Bajo estas premisas, si la dignidad humana se encuentra comprometida, las entidades públicas y privadas están obligadas a prestar los servicios de salud a quienes los soliciten, tengan o no capacidad de pago.”

En la misma línea, la sentencia T-296 de 2006 precisó las condiciones bajo las cuales, a fin de proteger la eficacia de los derechos fundamentales, corresponde la inaplicación de las normas que fundamentan la exigencia de los pagos compartidos y cuotas moderadoras. En la citada sentencia, la Corporación concluyó:

Se encuentran por fuera de esta hipótesis las personas que tienen la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora y la capacidad para realizar efectivamente el pago antes de recibir el servicio requerido, puesto que en estos eventos dicha cuota no

constituye un obstáculo para acceder al servicio médico, lo que hace improcedente el amparo por vía de tutela”.

En síntesis, pueden sistematizarse en estos, los presupuestos para que una persona afiliada al régimen subsidiado sea excluida del pago de cuotas moderadoras: (i) que el tratamiento sea prescrito por el médico tratante; (ii) que exista una afectación grave del derecho a la salud y a la vida digna; y (iii) que se evidencie una incapacidad económica del actor, máxime si dicha incapacidad no fue controvertida por la entidad demandada.

Ahora bien, tal y como se indicó anteriormente, una condición esencial para que a través de la acción de tutela proceda la exoneración de los pagos compartidos y cuotas moderadoras, es la imposibilidad económica del accionante para sufragar su valor. Esto por cuanto, de acuerdo con las normas que regulan la materia y la jurisprudencia constitucional, precisamente los fundamentos jurídicos de las cuotas de recuperación y de las cuotas moderadoras, corresponden al principio constitucional de la solidaridad¹⁸, así como a la necesidad de hacer un uso razonable del sistema de seguridad social. Así, sólo en los casos en que el juez de tutela logre determinar que dada su situación económica, el afiliado no puede coadyuvar al sostenimiento del sistema de salud mediante los copagos y cuotas referidas, podrá ordenar la exoneración de la obligación económica en comento¹⁹.

Frente a la prueba sobre la situación económica del accionante, en la sentencia T-310 de 2006 la Corte señaló:

“En relación con la prueba de la ausencia de recursos para asumir el valor de los copagos y las cuotas moderadoras, la Corte Constitucional ha entendido que 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, quien debe adelantar todas las gestiones necesarias para demostrar que tal capacidad sí existe.²⁰

Ahora bien, respecto de las personas afiliadas al SISBEN esta Corporación ha establecido una presunción de incapacidad económica frente a los mismos, por cuanto hacen parte de la población más pobre y vulnerable de Colombia.²¹

Lo anterior, resulta totalmente compatible con el objetivo perseguido por el régimen subsidiado de salud y el SISBEN, esto es, la efectividad del principio de solidaridad, puesto

que dichas figuras se convierten en herramientas básicas para lograr el verdadero favorecimiento de los sectores más sensibles y desprotegidos, ya que persiguen hacer realidad el aprovechamiento del gasto social.”

En síntesis, las disposiciones legales y reglamentarias que ordenan los pagos compartidos y cuotas moderadoras a los afiliados del sistema de seguridad social en salud, encuentran respaldo en principios constitucionales. Sin embargo, con el fin de garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna de los pacientes de escasos recursos, en los casos en que el juez de tutela determine que una obligación en tal sentido, constituye un obstáculo para el acceso a la prestación de los servicios médicos requeridos, debe proceder a inaplicar aquellas, y en consecuencia, ordenar a la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según el caso, la continuación y el suministro de tales servicios.

7. El régimen subsidiado en salud y la responsabilidad de las ARS frente al suministro de medicamentos, exámenes de diagnóstico o tratamientos excluidos del POS -S. Alternativas para la protección de los derechos fundamentales.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 estipula la participación de todos los colombianos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien sea a través de la afiliación en el régimen contributivo para las personas con capacidad de pago, o para las personas pobres del país, a través del régimen subsidiado, o bajo la categoría de los participantes vinculados definidos como: “aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”. Esta clase de participantes en donde se ubican las personas económicamente menos favorecidas y aún no incorporadas al sistema de seguridad social en salud, es transitoria y no por ello constituye un tercer régimen²².

Al Régimen Subsidiado establecido en la Ley 100 de 1993, pertenecen las personas de los sectores más pobres y vulnerables de la población (estratos 1 y 2), entre las cuales se da una mayor protección en relación a su condición socioeconómica a las madres durante el embarazo, parto, postparto y 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 sesenta y cinco (65) años, los discapacitados, los

campesinos, las comunidades indígenas, los artistas y deportistas, los trabajadores y profesionales independientes, los toreros y sus subalternos, los periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

El propósito del régimen subsidiado es financiar la atención en salud a las personas que no tienen capacidad de cotizar. La vinculación al sistema se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de la solidaridad de que trata la Ley 100 de 1993. Además, la forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud²³.

El acuerdo 244 de 2003, expedido por el CNSSS para integrar en un solo cuerpo normativo las disposiciones que determinan la forma y operación del régimen subsidiado, en armonía con las competencias y el modelo de asignación de recursos a las entidades territoriales de la Ley 715 de 2001, regula y establece la forma de realizar la identificación, selección y afiliación de las personas al Régimen Subsidiado.

Es responsabilidad de las Direcciones Departamentales, Municipales o Distritales de Salud, adelantar con las personas seleccionadas el procedimiento de afiliación a las empresas administradoras del régimen subsidiado - ARS, que serán las encargadas de prestar la atención médica a los usuarios con criterios de eficiencia.

La ley 1122 de 2007, "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", cuyo objeto es realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios de los usuarios, determinó que las entidades que administran el régimen subsidiado (ARS), en adelante se denominarán Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS).

La función básica de las EPS del Régimen Subsidiado es organizar y garantizar, directa e indirectamente, la prestación del POS-S definido en el Acuerdo 306 de 2005 del CNSSS, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados. De la misma forma, las EPS del Régimen Subsidiado deben cumplir con las funciones del aseguramiento en salud, definida en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 de la siguiente forma:

“Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario”.

Cuando el beneficiario del régimen subsidiado requiera servicios adicionales a los incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y no tenga capacidad de pago para asumir su costo, 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 vigentes²⁴.

En aquellas situaciones, los usuarios de las ARS tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las instituciones públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta²⁵.

En suma, las A.R.S. o E.P.S. del Régimen Subsidiado, tienen el deber de organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, pues por regla general, los servicios excluidos de aquél no le son exigibles, y por ende no son responsables de su realización ni financiación, correspondiéndole, dependiendo del nivel de atención, a los municipios directamente o a los Departamentos o Distritos Especiales por medio de las entidades públicas o privadas que contraten, prestar los servicios que requieran los afiliados al régimen subsidiado excluidos del POS-S, que no estén en capacidad de asumir.

Mientras permanezca el usuario afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud la empresa promotora o la administradora debe velar por su atención integral, aunque determinadas acciones y procedimientos no les correspondan adelantarlos directamente.

De ese modo el juez de tutela no puede absolver a las E.P.S y a las A.R.S. de toda responsabilidad respecto de la atención de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud arguyendo que el procedimiento requerido no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios que rigen la prestación del servicio, porque aunque la actividad no esté incluida

en el Plan, el doliente sigue siendo su afiliado, y por ende, su recuperación se encuentra bajo su cuidado y responsabilidad.

7.2. Es jurisprudencia de esta Corporación²⁶, que frente a los eventos en los cuales las A.R.S. no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas, prestar determinados servicios médicos o suministrar medicamentos, por no estar incluidos en el Plan Obligatorio de salud subsidiado POS-S, la protección de los derechos fundamentales puede llevarse a cabo de dos maneras, oportunas y diligentes, para no desconocer los derechos de los peticionarios.

Una primera medida está orientada a que la A.R.S. realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA o contra las Direcciones Seccionales de Salud por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo. Una segunda medida es la orden a la A.R.S. de que coordine con la entidad pública o con la privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto²⁷.

Lo que pretende la jurisprudencia de la Corte es que se pueda garantizar la efectividad del servicio de salud especialmente a todas aquellas personas que no tienen capacidad para cotizar como son las del régimen subsidiado y, que por su misma condición de debilidad manifiesta, se encuentran en desventaja con respecto a aquellos que pertenecen al régimen contributivo, quienes sí tienen más posibilidad de costear con sus propios recursos los procedimientos, aditamentos y medicamentos que se encuentran excluidos del P.O.S.

En todo caso, corresponderá al juez de tutela analizar los hechos y circunstancias de cada asunto en particular, teniendo en cuenta el grado de vulneración del derecho fundamental involucrado, la naturaleza de las obligaciones asumidas por las A.R.S. y la finalidad de régimen de limitaciones y exclusiones del POS-S.

8. Del caso concreto.

8.1 En la materia que ocupa el análisis de la Sala, la señora Natividad Arias Aragón, presentó

recurso de amparo solicitando la protección de los derechos de su menor hijo a la salud, integridad física y vida en condiciones dignas. En ese orden, solicita que se ordene a la Secretaría Distrital de Salud, asumir el 100% de la cirugía que requiere su hijo para el implante de una válvula por su problema de HIDROCEFALIA, y que en adelante se garantice el cubrimiento de ese mismo porcentaje en el tratamiento integral que en lo sucesivo necesite.

Con relación a la tutela por esas razones pretendida, el Juez de instancia negó la solicitud de protección constitucional argumentando que no están acreditadas suficientemente las exigencias mínimas para otorgar el amparo impetrado. Igualmente advierte que no existe prueba de que se le haya negado la prestación de una intervención quirúrgica, ni que se le haya exigido un copago ya que, siempre el menor ha recibido todo el tratamiento requerido.

8.2 Pues bien, en este caso encuentra la Sala que se cumplen todos los requisitos enunciados para que proceda la exoneración de la obligación de copago. En primer lugar, la cirugía ordenada por el médico tratante hace parte de un tratamiento integral, y en segundo término, su no realización pone en peligro la salud y vida del menor.

Recordemos que el literal 11 del artículo 4º del decreto 1938 de 1994, por virtud del cual se establecen los lineamientos del Plan de Atención Básica en salud, define el tratamiento como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo”.

Así, con relación a la necesidad de que el procedimiento requerido por el menor actor se le practique, resulta diamantino que -INSISTE LA CORTE- ello constituye una grave amenaza para la salud y la vida misma de Daniel Alfonso Ordoñez Arias, de suerte que, como se evidencia en su historia clínica, obrante a folios 9 a 14 del plenario, es dicha cirugía la única manera de obtener una efectiva protección de sus garantías constitucionales.

8.3 De otro lado, la condición de que la señora Arias Aragón, se encuentre en el SISBEN, pone de presente una presunción de que, ciertamente no cuenta con los medios suficientes para sufragar los copagos correspondientes por la cirugía que con urgencia necesita su hijo, y además fue una condición que no fue desvirtuada.

Así, debe insistirse, que cuando el demandante afirma que carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo del medicamento o tratamiento requerido que solicita, está planteando una negación indefinida, la cual está exenta de prueba de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Dicha afirmación, no fue desvirtuada pues, -repite la Sala-, la Secretaría de Salud al descorrer el traslado no demostró en su escrito de contestación ni en ningún otro momento procesal que la accionante contara con los medios económicos necesarios para sufragar los gastos que supone la intervención quirúrgica consistente en colocación de VALVULA, así cómo el tratamiento integral requerido por su menor hijo. En consecuencia, esta Sala de Revisión asume que, en efecto, la accionante carece de los medios precisos para cancelar directamente el valor de los mismos, tal como en doctrina reiterada de la Corte se ha sostenido²⁸:

“(...) la prueba de la incapacidad no es taxativa y puede darse bajo la modalidad de declaración indefinida, pues de lo contrario tal prueba podría convertirse en muchos casos, en una resurrección de la prueba diabólica, negándole así el acceso a los interesados.”²⁹

Esta Corporación, en Sentencia T-744 de 200430, al consultar entre otras la Sentencia T-683 de 2003, reiteró en los siguientes términos la línea jurisprudencial referente a la prueba de la incapacidad económica en el trámite de la acción de tutela:

1. No existe una tarifa legal en materia probatoria, respecto a la prueba de la incapacidad económica del accionante. Si bien en la SU-819 de 199931 se afirmó que, en el caso que se estaba revisando, el accionante debía aportar un balance certificado por contador o su declaración de renta o un certificado de ingresos y salarios, para probar la incapacidad económica que alegaba, en fallos posteriores, esta Corporación ha aclarado que en la acción de tutela, no existe tarifa legal para que el accionante (sic) pruebe la incapacidad económica que alega³².

Al respecto es pertinente recordar que, dentro de la línea jurisprudencial fijada por esta Colegiatura sobre el tema de la ausencia de capacidad de pago en materia de salud, se ha dicho ya, abundantemente, que la carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la entidad llamada a prestar el servicio, cuando en el proceso solamente obra como medio de demostración que la soporte, la manifestación formulada en ese sentido por el actor constitucional en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos; es decir, es

el ente que por medio de la acción de amparo se acusa, el llamado a demostrar la capacidad económica de la parte actora.³³

8.4 Aún más, es preciso anotar que en el nivel territorial las secretarías de salud son las entidades encargadas de administrar y dirigir el régimen subsidiado de salud, en este entendido, les corresponde atender aquellas situaciones en las que, como en el caso concreto, las personas se encuentren en un peligro inminente y requieran la atención inmediata a la que no han podido acceder, y de esta manera se protejan sus derechos fundamentales.

Es esta, una potísima razón que conduce a la Corte a conminar a la Secretaría de Salud de Bogotá a que, a través de las entidades prestadoras de salud, adelante las gestiones pertinentes para que, de no haberse realizado, le sea practicada la cirugía que el menor Daniel Alfonso Ordoñez necesita, asumiendo la totalidad de su costo.

8.5 En virtud de lo hasta aquí dicho, dispondrá la Sala revocar la sentencia calendada el 9 de febrero de 2007, dictada por el Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá y en su lugar se concederá la tutela impetrada con relación a los derechos esgrimidos como vulnerados. Por tanto, se ordenará a la Secretaría de Salud de Bogotá, que en el perentorio término de 48 horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, a través de las entidades prestadoras de salud, dentro del término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta Sentencia, inicie las gestiones necesarias para que, de no haberse hecho, le sea practicada la cirugía consistente en la implantación de VALVULA y demás servicios médicos que el accionante requiera para el reestablecimiento de su salud, todo de conformidad con lo ordenado por el médico tratante.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá, de 9 de febrero de 2007, y, en su lugar, TUTELAR los derechos a la salud y a la vida del menor

Daniel Alfonso Ordóñez Arias, quien actuó por intermedio de su madre Natividad Arias Aragón.

SEGUNDO. ORDENAR, a la Secretaría de Salud de Bogotá que, a través de las entidades prestadoras de salud, dentro del término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta Sentencia, inicie las gestiones necesarias para que, de no haberse hecho, le sea practicada la cirugía consistente en la implantación de VALVULA y demás servicios médicos que el accionante requiera para el restablecimiento de su salud, todo de conformidad con lo ordenado por el médico tratante.

TERCERO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-947 de 2006, T-798 de 2006, T-552 de 2006, T-492 de 2006, y T-531 de 2002.

2 Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que el ejercicio de la agencia oficiosa, no implica la existencia de un vínculo formal, de filiación o parentesco entre el agenciado y su agente. En la sentencia T-542 de 2006, la Corte afirmó: “En efecto, es del caso destacar que

el parentesco no constituye per sé un fundamento suficiente para justificar la agencia de derechos ajenos. De manera específica, en casos en los que una madre pretende representar a su hijo mayor de edad sin sustentar claramente el impedimento de éste para interponer la tutela, la Corte ha negado la protección de los derechos invocados.” En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-041 de 1996.

3 Sentencia Corte Constitucional SU.480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

4 SU- 111/97, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Ver, sentencia T- 949 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

6 Ver, sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada posteriormente en la sentencia T-722 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 En ella, se encuentra prevista la regulación del conjunto de instituciones públicas y privadas, así como las normas y procedimientos orientados al funcionamiento de los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios contenidos en la ley.

8 Ley 100 de 1993, artículo 152: “La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación. Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. (...)”

9 Por su parte el artículo 211 de la ley 100 de 1993, definió el régimen subsidiado de seguridad social en salud, en los siguientes términos: “El Régimen Subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley.”

10 De conformidad con el artículo 127 de la ley 812 de 2003, los contratos de administración del subsidio serían suscritos entre las direcciones de salud y las Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS. Posteriormente, el inciso 2 del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 dispuso:

“Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS).”

11 El artículo 2 de la ley 100 de 1993 establece: “PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a. EFICIENCIA. Es 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;

(...)

c. 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. (...)”

12 Sobre la regulación del régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud, se puede consultar el Decreto 1804 de 1999.

13 El artículo 1 de la ley 1122 de 2007 indica: “La presente ley tiene como objeto realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, Y mejoramiento en la prestación, de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de, inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.”

14 En este sentido, respecto a la exigencia de copagos a los afiliados al nivel uno (1) del SISBÉN, el literal g del artículo 14 de la citada ley, que introdujo una modificación sustancial ordena:

(...) A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación: (...)

g) No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace;" (Negrillas fuera del texto original).

Es decir, en virtud del literal g, artículo 14 de la ley 1122 de 2007, quedaron sin vigencia las normas reglamentarias según las cuales¹⁴, los afiliados al régimen subsidiado de seguridad social en salud clasificados en el nivel 1 del SISBÉN, deben efectuar la cancelación de pagos compartidos o cuotas moderadoras para acceder a los servicios y tratamientos médicos que requieren.

15 Consultar entre otras, las sentencias T- 370 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-214 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Así mismo, se puede consultar la sentencia T-849 de 2006.

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

17 Cfr. T - 908 de 2004. Op. Cit.

18 Artículo 48 de la Constitución Política.

19 En este sentido, se puede consultar la sentencia T-829 de 2004.

20 Sentencia T-517 de 2005

21 En dicho sentido, en la sentencia T-908 de 2004, esta Corporación señaló: "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.”

22 Ver Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

23 De conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 1122 de 2007, el Consejo Nacional de Seguridad Social mantendrá vigentes sus funciones, hasta tanto entre en funcionamiento la Comisión de Regulación en Salud CRES, la cual se crea por disposición de esta Ley como una unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de la Protección Social. El CNSSS tendrá un carácter de asesor y consultor del Ministerio de la Protección Social y de la CRES.

24 Artículo 31 Decreto 806 de 1998 y Acuerdo 306 de 2005 CNSSS.

25 Artículo Acuerdo 306 de 2005 y Resolución 3384 de 2000.

26 Ver sentencias T-410 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-632 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-911 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y T-213 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

27 Un común denominador de las dos alternativas de solución parte de reconocer la vulneración de un derecho fundamental del peticionario, generalmente del derecho a la salud o a la seguridad social en conexidad con los derechos fundamentales a la vida o a la integridad de la persona, lo cual, como se indicó, constituye una condición de procedencia de la acción de tutela.

28 Ver, sentencia T-946/05, M.P. Jaime Araújo Rentería.

29 Sentencia T - 819 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

30 T-744 de 2004. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

31 SU-819 de 1999 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

32Al respecto, en la sentencia T-683 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett) se señaló lo

siguiente: “De la revisión de una parte de la jurisprudencia constitucional en materia de condiciones probatorias del tercero de los requisitos (incapacidad económica del solicitante) para la autorización de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del POS, mediante órdenes de tutela, la Corte concluye que: (...) (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”. En el mismo sentido, ver también la sentencia T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), entre otras. Que no exista una tarifa legal respecto a la incapacidad económica, no significa que no se deba probar la incapacidad. Así por ejemplo, en la sentencia T-002 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) se negó la acción de tutela porque el accionante no había probado de manera alguna que carecía de la capacidad económica suficiente para cubrir los costos de los servicios médicos que requería. Ni siquiera así lo afirmó en la demanda.

33 Ver, entre otras, las sentencias T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-906 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-861 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-699 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-447 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-279 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-113 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería