

SENTENCIA T-662/08

(Julio 1° de 2008)

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Pago de cuotas moderadoras

DERECHO A LA SALUD-Casos en que no se exigen copagos ni cuotas moderadoras

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

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Exoneración de pagos compartidos, cuotas moderadoras y copagos

DERECHO A LA SALUD-Casos en que no se exige copagos ni cuotas moderadoras

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

CAPACIDAD ECONOMICA EN CASOS DE SALUD Y JUEZ DE TUTELA-Debe probarse la incapacidad de pago

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Realización de Arteriografía Selectiva de Ambas Carótidas y Vertebrales, Extra E Intracraneala Bilateral

Referencia: Expediente T-1.836.402

Accionante: Noemí Potes de Solarte

Accionado: Coomeva EPS

Fallo de tutela objeto de revisión: sentencia del Juzgado Veinte Penal Municipal de Santiago

de Cali, del 26 de noviembre de 2007. (No impugnada)

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Pretensión de la accionante

La actora instauró acción de tutela¹, para obtener la protección de su derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, vulnerados, a su juicio, por la EPS COOMEVA toda vez que le exige la cancelación de copago para realizar el examen de Arteriografía Selectiva,² ordenado por su médico tratante desde julio de 2007, debido a una enfermedad en las arterias que le impide caminar.

La peticionaria es un adulto mayor de 90 años, que ha sido diagnosticada como paciente de alto riesgo, debido a su problema de salud, a su edad y su estado de invalidez le es imposible conseguir recursos económicos. No cuenta con una pensión, es viuda, siendo su única hija quien la ha apoyado, la tiene afiliada como su beneficiaria COOMEVA E.P.S., en su condición de pensionada del Seguro Social, y asume los gastos indispensables de su manutención y del hogar.

Manifiesta que a la accionada le asiste el derecho de repetir ante la sub-cuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social, siempre y cuando estos servicios estén por fuera del POS .

2. Respuesta de la entidad accionada

2.1 COOMEVA E.P.S., por su parte, en su escrito de contestación³, manifestó, que la señora Potes de Solarte es beneficiaria del régimen contributivo adscrita a esa EPS; que los Copagos que se deben cancelar por las atenciones que ésta reciba se derivan de su condición de beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y “contar con Rango salarial

2”, por lo tanto, y con base en la normatividad vigente,⁴ no es viable que se autorice la exoneración de las cifras correspondientes a Copagos, “que solo tienen como fin ayudar a financiar el sistema para beneficio colectivo de los ciudadanos colombianos”.

3. Hechos relevantes y medios de prueba

3.1. La señora Noemí Potes de Solarte, de 90 años de edad, está afiliada a la empresa COOMEVA E.P.S, régimen contributivo, Nivel salarial 2, desde el año 1997, como beneficiaria de su hija Piedad Solarte Potes⁵.

3.2. La señora Potes de Solarte ha sido considerada como una paciente de muy alto riesgo Cardiovascular “-con enfermedad arterio periférica y carotidea (...), Diabetes Mellitas, (...) Insuficiencia venosa (crónica) (...) Poli neuropatía”,⁶ y “insuficiencia vascular cerebral.” ⁷

3.3. El médico tratante de la accionante le diagnosticó enfermedad carotidea con sospecha de disección de la arteria.⁸

3.4. Para confirmar el anterior diagnóstico, el médico tratante ordenó a la señora Potes de Solarte el examen denominado arteriografía selectiva de ambas carótidas y vertebrales.⁹

3.5. COOMEVA E.P.S. expidió la autorización para la realización del examen, señalándole a la actora un copago de \$209.400 pesos.¹⁰

3.6. La Señora Noemí Potes de Solarte depende económicamente de Piedad Solarte Potes, su única hija, quien es pensionada del Seguro Social, quien manifestó que su madre “NO TRABAJA, NI ESTA PENSIONADA, NI JUBILADA, NI RECIBE RENTA ALGUNA” (resaltado fuera del texto)¹¹.

4. Fallo de Instancia Juzgado Veinte Penal Municipal de Santiago de Cali.

Decisión:

Denegó la tutela impetrada.

Razones de la decisión:

Señaló que de conformidad con lo consagrado en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, los

afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a la cancelación de copagos o cuotas moderadoras, y de acuerdo con lo manifestado por la Corte Constitucional sólo se exonera cuando se trate de enfermedades catastróficas o cuando se constituye en una barrera de acceso por la pobreza.

II. CONSIDERACIONES

La Sala es competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del siete (7) de Marzo de 2008, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres de la Corte Constitucional.

5. Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala de Revisión establecer si Coomeva EPS está vulnerando el derecho a la salud, en conexidad con la vida de la peticionaria, al exigir la cancelación de un copago para poder acceder al examen prescrito por su médico tratante. Si es procedente que la EPS ordene sin necesidad de cobro de copagos, los exámenes, medicamentos y tratamientos para la enfermedad que padece en sus arterias, con el fin de recuperar la salud.

Para responder esta inquietud, la Sala se ocupará de examinar preliminarmente i) el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud cuando se trata de personas de la tercera edad. Reiteración jurisprudencia ii) la exigencia de cuotas moderadoras y copagos como barrera para la prestación de los servicios de salud y casos en que hay lugar a su exoneración. Reiteración jurisprudencia; iii) la prueba de la incapacidad económica para asumir dichos costos, para luego revisar la situación concreta planteada por la peticionaria.

5.1. El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud en el caso de personas de la tercera edad. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha señalado de manera reiterada, que el derecho a la salud de las personas de la tercera edad tiene carácter fundamental.

A este respecto ha indicado la Corte que las personas en condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado -los niños, los discapacitados y los adultos mayores,¹²- y en estos casos la salud tiene el alcance de un derecho fundamental

autónomo,¹³ sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela.

En el caso específico de las personas de la tercera edad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el carácter de derecho fundamental a la salud, se explica por las características de especial vulnerabilidad de este grupo de la población, y por la necesaria articulación que respecto de las personas de tercera edad surge entre dicho derecho y los derechos a la vida y a la dignidad humana. Por esta razón -ha dicho la Corporación- el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a suministrar la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad.¹⁴

Al respecto la Corte ha señalado:

“Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior.”¹⁵

5.2. La exigencia de cuotas moderadoras y copagos como barrera para la prestación de los servicios de salud y casos en que hay lugar a su exoneración. Reiteración jurisprudencia

El artículo 48 de la Constitución Nacional establece 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 (...).

El artículo 49 de la Constitución Nacional consagra que:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados por la ley.

“La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. (...)”

En virtud del texto constitucional señalado se entiende que, recae en cabeza del Estado la función de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como la de establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer la vigilancia y control sobre las mismas. De igual manera, se le asignó a la ley la labor de señalar las condiciones en las cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Para regular este ámbito en el orden legal y cumplir así las funciones descritas en la Constitución, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, creando el llamado sistema de seguridad social integral,¹⁶ el cual propende por ampliar la cobertura a todos los sectores de la sociedad, en especial, aquellos sin la capacidad económica suficiente para acceder al sistema, con fundamento en el principio de la solidaridad.¹⁷

De otro lado, en razón del principio de la eficiencia se busca la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.¹⁸ Con fundamento en este principio, el legislador estableció las llamadas cuotas moderadoras y copagos con el fin de racionalizar el uso de los servicios de salud.¹⁹

El artículo 160 de la Ley 100 de 1993, consagra los deberes de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en su numeral 3°, se refiere a que deben pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar.

El artículo 164 de la Ley 100 de 1993, determina que el acceso a los servicios de alto costo para quien no haya cumplido con los períodos mínimos de cotización, requerirá de un pago por parte del usuario.

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, se refiere a los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles para los afiliados y beneficiarios del sistema en los siguientes términos:

“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 los servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para completar 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 de 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.

Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las Entidades promotoras en Salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía.

Parágrafo.- Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición de nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

La jurisprudencia constitucional, en la sentencia C-542 de 199820, al estudiar la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, consideró acorde con los principios y

preceptos rectores de nuestra Carta Política el cobro anteriormente referido. En efecto, la Corporación manifestó en aquella oportunidad:

“De lo anterior se deduce que, el legislador al fijar el régimen legal del servicio público de seguridad social en materia de salud, en la Ley 100 de 1.993 encontró procedente establecer con el cobro de las cuotas moderadoras un mecanismo destinado, como lo señala el mismo artículo 187, a: “racionalizar el uso de servicios del sistema”, como una forma de inducir a los usuarios a recurrir al servicio únicamente en los casos realmente necesarios, a fin de lograr la eficiencia en la prestación del servicio.”²¹

El numeral 7° del artículo 172 de la ley 100 de 1993, le asignó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definir el régimen de pago compartidos de que tratan el numeral 3° del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.

El Acuerdo 260 de 2004, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, define los copagos como los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio de salud demandado, y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.²²

Señala que las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.²³

En cuanto al monto y valor de copagos por afiliado beneficiario se determina por año calendario, con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes en el régimen contributivo, y para el subsidiado se tiene en cuenta las categorías fijadas por el Sisbén.²⁴

Los siguientes servicios médicos no estarán sujetos al cobro de copagos: (i) servicios de promoción y prevención; (ii) programas de control en atención materno infantil; (iii) programas de control en atención de las enfermedades transmisibles; (iv) enfermedades catastróficas o de alto costo; (v) la atención inicial de urgencias.²⁵

El artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994, enuncia las enfermedades valoradas como catastróficas o de alto costo, y su tratamiento se encuentra exonerado de copago: (i)

tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer; (ii) diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de córnea; (iii) tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; (iv) tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central; (v) tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas; (vi) tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor; (vii) terapia en unidad de cuidados intensivos y; (viii) reemplazos articulares.

Los copagos pueden ser exigidos por las EPS a los afiliados beneficiarios, respetando el porcentaje señalado en los artículos 9 y 10 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS, atendiendo al ingreso base de cotización del cotizante y a los límites anuales,²⁶ y por evento,²⁷ establecidos en el mencionado Acuerdo. Adicionalmente, cuando el número de semanas cotizadas por el afiliado resulte inferior a las exigidas para recibir determinado tratamiento, y con el fin de permitir la financiación del sistema, es viable solicitar el pago compartido al beneficiario.

De acuerdo con la normatividad antes descrita, la jurisprudencia constitucional ha delimitado los motivos por los cuales es exigible el cobro compartido atendiendo aspectos como que se trate de una urgencia,²⁸ de un menor de edad,²⁹ que el beneficiario no cuente con recursos para sufragar el monto exigible, o cuando no alcanza a cumplir con el mínimo de semanas cotizadas para la práctica de un tratamiento.

En la Sentencia T-913 de 2006,³⁰ la Corte Constitucional manifestó expresamente que:

“(…) existen situaciones excepcionales en las que el compromiso de los derechos fundamentales del afiliado al sistema de seguridad social en salud impone prescindir de [los] copagos y cuotas para no vulnerar tales derechos. De allí que la misma ley,³¹ (...) haya considerado que en ninguna circunstancia los pagos moderadores puedan convertirse en barreras de acceso que impidan la prestación del servicio de seguridad social en salud a los más pobres.³²

Sumado a lo anterior, en virtud de la ley 972 de 2005, se ordena que:

“las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida, según lo aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a un paciente infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas. El paciente asegurado será obligatoriamente atendido por parte de la EPS.”³³ Así pues, para esta Corporación es claro que el Salud Total EPS no puede negarse, ‘bajo ningún pretexto’, a continuar el tratamiento para el cáncer que aqueja al joven Jorge Armando Ríos. En otras palabras, desconoce de forma grave la Constitución y la ley una EPS que se niega a prestar los servicios de salud a una persona con cáncer, cualquiera sea el pretexto, como por ejemplo, el no haber cancelado los copagos o cuotas moderadoras, cuando tales servicios han sido ordenados por el médico tratante y se encuentran dentro del ámbito de cobertura aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS.”

La Corte Constitucional ha expresado que:

“(…) no estaba en discusión que el sistema de seguridad social en salud debe dotarse de una racionalidad económica que lo haga viable, lo cual estaba previsto por el legislador a través de los copagos y las cuotas moderadoras que están a cargo de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado. Pero, agregó la Corte, tampoco debe asumirse que tales mecanismos tienen carácter absoluto e inflexible.”³⁴.

En Sentencia T-984 de 2006,³⁵ la Corte reiteró su línea jurisprudencial según la cual se deberá prestar los tratamientos de urgencia sin aplicación de la normatividad sobre la exigibilidad del pago a todos aquellos pacientes que no cuenten con recursos para sufragar los costos de los servicios médicos requeridos y ordenado por el médico tratante. En ese sentido, la Corte ha señalado expresamente que “cuando una persona requiere de un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste, por no tener la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación³⁶ o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes,³⁷ se deberá inaplicar la normatividad y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger su derecho fundamental a la vida, en conexidad con el derecho a la salud.”

En Sentencia T-754 de 2005,³⁸ la Corte analizó la figura del copago, profundizando en la exigibilidad de la misma cuando se trata de una enfermedad catastrófica, del régimen contributivo o subsidiado, frente a algún participante vinculado. En esa ocasión la Sala también ratificó la regla de su no exigibilidad, independientemente del régimen en el que se encuentre el paciente, cuando se trate de una enfermedad de esas características:

“En virtud de dicha normatividad es posible enunciar algunos criterios sobre los pagos que deben sufragar las personas afiliadas, las beneficiarias y aquellas que se encuentran en calidad de participantes vinculadas: (i) los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a pagos moderadores; (ii) los afiliados mediante el régimen subsidiado pagan un porcentaje de acuerdo con el nivel en el que hayan sido clasificados; (iii) no están sujetos a copagos por parte de los afiliados, los servicios relacionados con enfermedades catastróficas o ruinosas; (iv) las personas que ostentan la calidad de participantes vinculadas están sometidas a las cuotas de recuperación en todos los eventos; (v) la cuantía de las cuotas de recuperación depende del nivel de calificación de las personas en el SISBEN”.

Reiterada jurisprudencia de esta Corte ha establecido que el cobro de las cuotas moderadoras y pagos compartidos no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre.³⁹ En efecto, cuando los afiliados no tienen la suficiente capacidad económica para cubrir las cuotas moderadoras, o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, y requieren los servicios de salud con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados, y con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria, esta Corporación ha entendido que los derechos fundamentales de las personas deben primar sobre cualquier otro tipo de derechos. Es claro que en estas situaciones debe inaplicarse la legislación, y ordenar la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos, y cuando so pretexto del cumplimiento de aquella se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerla.⁴⁰

Siguiendo ese orden de ideas, esta Corte ha consagrado en su jurisprudencia unos requisitos

para que proceda la inaplicación de la normatividad referente a pagos compartidos y cuotas moderadoras, toda vez que iría en contravía de la eficacia de la ley que aquella procediera de manera automática en todo momento. Tales condiciones han sido definidas de la siguiente manera:

“(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio médico o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS. Y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento”⁴¹.

Con base en lo anterior, se tiene que el juez constitucional, cuando en el caso concreto se cumplan los requisitos expuestos, deberá dejar de aplicar las disposiciones que regulan lo relativo a pagos de cuotas moderadoras y pagos compartidos, aplicando entonces lo que la jurisprudencia ha denominado excepción de inconstitucionalidad, dándole prevalencia a los derechos fundamentales, y permitiendo al interesado el acceso a los servicios médicos que requiere.

5.3. Prueba de la incapacidad económica para asumir los copagos y cuotas moderadoras. Reiteración de jurisprudencia

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

Así mismo, en materia de incapacidad económica la Corte Constitucional ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción judicial de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política. En este sentido, esta Entidad dijo:

“(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”⁴³.

Vistas las reflexiones jurisprudenciales anteriores, estudiará la Sala de Revisión a continuación la situación concreta de la peticionaria.

6. Análisis del caso concreto

6.1. Se encuentra probado que la señora Noemí Potes de Solarte fue diagnosticada con enfermedad arterio periférica y carotídea con sospecha de disección de la arteria, que le impide caminar, razón por la cual, para corroborar el dictamen médico, y así poder adoptar el tratamiento adecuado para el mejoramiento de su estado de salud, su médico especialista tratante le ordenó la realización del examen Arteriografía Selectiva. Para esta Sala el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, pues como se anotó en la parte considerativa de esta sentencia, se trata de una persona de la tercera edad, la señora Potes de Solarte tiene 90 años. (fls 12 y 16 Cuaderno 1 del Expediente).

En este orden de ideas, es claro que la actora se encuentra dentro del grupo de especial

protección constitucional al que pertenecen las personas de la tercera edad. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, tal condición se alcanza a los setenta y un (71) años⁴⁴, edad que supera la actora. Por ende, ésta se encuentra dentro de los supuestos de protección previstos en la Carta y su derecho a la salud es de protección autónoma, por tanto su amparo por vía de tutela no requiere la constatación de la violación de otros derechos fundamentales para ser procedente.

6.2. Ahora bien, con relación a la exigencia del cubrimiento de copagos para el caso concreto, como la usuario no tiene capacidad económica para cubrirlos, no puede ser una barrera para la prestación del servicio, pues si bien la legislación aplicable determinó su cobro en procura de ampliar la cobertura a todos los sectores de la sociedad, en especial, a aquellos sin la capacidad económica suficiente para acceder al sistema, con fundamento en el principio de la solidaridad, también es cierto que dicha exigencia no puede ser motivo para desconocer los derechos fundamentales de las personas. Así, la jurisprudencia determinó unos requisitos que deben darse en cada caso, para que proceda la inaplicación de la normatividad referente a los ítems mencionados con anterioridad.

En relación con el primero y segundo requisitos, estos son, que la falta del servicio médico o del medicamento vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere, y que ese servicio médico o medicamento no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S., esta Sala encuentra que en el caso sub examine se cumplen. En efecto, según consta en la historia clínica de la señora Noemí Potes de Solarte, es una paciente de muy alto riesgo cardiovascular,⁴⁵ adicionalmente en el documento suscrito por el médico tratante, Doctor William Fernando Lenis Rengifo,⁴⁶ allegado al juez de instancia, se hace expresa la necesidad y urgencia de llevar a cabo el examen por posible sospecha de disección, aunado a las diferentes enfermedades que padece la accionante.⁴⁷ Siendo así, y toda vez que el médico que suscribió dicho documento es el tratante de la señora Potes de Solarte, esta Sala entiende, como ya se dijo, cumplido dicho requisito.

En lo que tiene que ver con el tercer requisito, -el relativo a que el interesado no pueda costear directamente el servicio médico o el medicamento, ni pueda acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni pueda pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS-, esta Corporación estima como verdadera la afirmación hecha por la accionante en el escrito de demanda, en el cual se expresa lo siguiente: “debido

a mi edad y a mi estado de invalidez se hace imposible conseguir los recursos por mi cuenta (...) no cuento con una pensión, soy viuda” siendo su única hija quien la “ ha apoyado a lo largo de mi enfermedad debe pagar los gastos indispensables para mi manutención y los gastos totales de la casa”.

La Corte Constitucional ha entendido que la manifestación de no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar en contrario⁴⁸. Siendo esto así, y al no haber existido pronunciamiento por parte de la entidad demandada al respecto, el requisito de la incapacidad económica de la afiliada cotizante de quien depende económicamente el solicitante se considera cumplido.

En relación con el cuarto requisito, a saber, que el servicio médico o el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de la cual se está solicitando el tratamiento, se tiene que, según la orden de servicios expedida por la entidad accionada, mediante la cual autorizó la realización del examen, esta Sala entiende cumplido, igualmente, este requisito.

Por todas las razones expuestas, esta Sala revocará la sentencia de instancia y en su lugar tutelaré los derechos fundamentales a la salud, la vida digna, y a la seguridad social, y ordenará que a la señora Noemí Potes de Solarte se le presten los servicios médicos ordenados por el médico tratante, necesarios para el restablecimiento completo de su salud, que con ocasión de la enfermedad que padece se ha visto afectada, sin poner como barrera para ello, la cancelación de un copago para el examen a ella prescrito. Así mismo, COOMEVA E.P.S. está en posibilidad de repetir contra el FOSYGA, dentro de la normatividad prevista, por los gastos en los que incurra al dar cumplimiento a esta orden judicial, en los términos de la Ley y la Sentencia C-463 de 2008.⁴⁹

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta 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 Veinte Penal Municipal de Santiago de Cali, el 26 de noviembre de 2007 y, en su lugar, **CONCEDER** la tutela a los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora **NOEMÍ POTES DE SOLARTE**, que fueron

vulnerados por COOMEVA E.P.S., de acuerdo con los fundamentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: ORDENAR a la entidad COOMEVA E.P.S., a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a adelantar los trámites para la realización a Noemí Potes de Solarte del examen médico requerido relativo a la “Arteriografía Selectiva de Ambas Carotidas y Vertebrales, Extra E Intracraneana Bilateral”, y adopte las medidas necesarias para brindar el tratamiento integral, indicado por el médico tratante hasta el restablecimiento completo de la salud de la accionante que tenga que ver con la enfermedad que padece, sin que pueda exigírsele el desembolso de copagos. Así mismo, se le previene para que no desconozca en el futuro el mandato constitucional según el cual las cuotas moderadoras y los pagos compartidos no pueden constituir un obstáculo para acceder al servicio de salud, en especial cuando se trata de los derechos fundamentales de una persona sujeto de especial protección constitucional.

Tercero: COOMEVA EPS está en posibilidad de repetir contra el FOSYGA, dentro de la normatividad prevista por los gastos en los que incurra al dar cumplimiento a esta orden judicial, en los términos de la ley y la Sentencia C-463 de 2008.

Cuarto-. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El 6 de noviembre de 2007 se repartió la Tutela al Juzgado Veinte Penal Municipal de Cali, Ver folios del 1 al 4 del cuaderno 1 del Expediente.

2 Orden de Servicio. Arteriografía Selectiva de Ambas Carótidas y Vertebrales , Extra e Intracraneana Bilateral. Ver folio 16, cuaderno 1 del Expediente.

3 Ver Folio 20 y 21, cuaderno 1 del Expediente.

4 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud y la Circular No. 0132 de 2002 de la Superintendencia Nacional de Salud.

5 Fotocopia de la cédula y carnet de la señora Noemí Potes de Solarte. Ver Folio 6 cuaderno 1 del Expediente.

6 Fotocopia de la historia clínica No. 14824001. Ver folios 7 y 8, cuaderno 1 del Expediente.

7 Fotocopia de las Fórmulas médicas e historia clínica firmadas por el Doctor William Fernando Lenis Rengifo, médico tratante de la señora Noemí Potes de Solarte y la institución Uprec de la 80. Ver folios 7 al 15, cuaderno 1 del Expediente.

8 Fotocopia de la fórmula médica expedida por el Doctor William Fernando Lenis Rengifo, médico tratante de la señora Noemí Potes de Solarte. Ver folio 12, cuaderno 1 del Expediente.

9 Fotocopia fórmula médica. Ver folio 13, cuaderno 1 del Expediente.

10 Fotocopia orden de Servicio expedida por Coomeva E.P.S. Ver folio 16, cuaderno 1 del Expediente.

11 Acta de Declaración bajo juramento, suscrita ante la Notaria 18 de Cali, por la señora Piedad Solarte Potes. Ver folio 4, cuaderno 1 del Expediente.

12 Artículos 13, 46 y 47 Constitución Nacional.

13 También la Corte ha sostenido que la seguridad social -y por consiguiente la salud- como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta.

15 Sentencia T-755 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-004 y T-416 del 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-252 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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

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

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

19 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, desarrollado en los Decretos 2357 de 1995, 050 de 2003 y en el Acuerdo 260 de 2004, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

20 M.P. Hernando Herrera Vergara.

21 Ver Sentencias C-542 de 1998, MP. Hernando Herrera Vergara; T-517 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Artículo 2º, Acuerdo 260 de 2004.

23 Artículo 3°, Acuerdo 260 de 2004.

24 Artículos 9° y 10°, Acuerdo 260 de 2004.

25 El artículo 6 del Acuerdo 260 de 2004, define que los siguientes servicios médicos se encuentran sujetos al pago de cuotas moderadoras: 1) Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada, 2) Consulta externa por médico especialista, 3) Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios, 4) Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante, 5) Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante y 6) Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud. Sentencia C-038 de 2005.

26 El artículo 10 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope anual de los copagos que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, en 230% de un salario mínimo legal mensual.

27 El artículo 9 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope del copago, por un mismo evento, que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, en 115% de un salario mínimo legal mensual. El párrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 1998 define “la atención de un mismo evento” como “el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario”.

28 Sentencia T-1132 de 2001 , M.P. Eduardo Montealegre Lyneth

29 Sentencia T-666-04, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

30 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

31 Ley 100 de 1993, artículo 187.

32 En la sentencia T-1132 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, indicó que “(...) cuando las personas 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 ciertos tratamientos, y éstos se requieren con urgencia por que de lo contrario se verían afectados derechos como la vida y la salud en conexidad, la Corte ha dado prevalencia a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración legal, sosteniendo que ante urgencias y patologías comprobadas no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio de salud, porque por encima de la legalidad, está la vida como fundamento de todo el sistema”.

33 Artículo 3 de la Ley 972 de 2005.

34 Ver Sentencias T-714 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes ; T-411 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño ; y T-1021 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

35 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

36 Ver Sentencias T-442 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Treviño; T-819 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-411 de 2003, Jaime Córdoba Triviño; todas referidas al tema de exoneración del pago de cuotas de recuperación.

37Ver Sentencias : T-142 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra ; T-797 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil ; T-133 de 2003, T-1153 de 2003, M.P. Jaime Araújo Renteria ; T-340 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett ; T-062 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett ; T-699 de 2002 , M.P. Alfredo Beltrán Sierra ; T-501 de 2002, M. p. Eduardo Montealegre Lynett ; T-297 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández ; T-1663 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra ; T-1130 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis ; T-582 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis ; T-579 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis ; T-236 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo ; T-228 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo ; T-901 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell ; y T-876 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

38 M.P. Jaime Araujo Renteria.

39 Ver Sentencias T-913 de 2006, M.P. Alejandro Martínez Caballero; . y T-1132 de 2001 entre otras.

40 Ver Sentencias T-517 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra ; T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, entre otras

41 Ver sentencias T-517 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra ; T-111 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra ; T-1246 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa ; T-1213 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ; T-908 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa ; M.P. ; T- 411 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño ; T- 284 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla ; entre otras.

42 Ver sentencias T-783 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rnetería ; T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

43 Sentencia sT-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett ; T-306 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández ; T-829 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes ;

44 Cabe recordar que esta Corporación en sentencias como las T-158 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-446 de 2004, M.P. y T-425 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-463 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-1226 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-456 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero ha fijado los lineamientos básicos para determinar cuándo se pertenece o no a la “tercera edad” y ha concluido que para tales efectos, las personas de la tercera edad, serán aquellas que tengan setenta (70) o más años, para fijar dicha edad, se tuvo en cuenta el índice de promedio de vida en el país.

45 Folio 7 y 8, cuaderno 1 del Expediente.

46 Folio 12, cuaderno 1 del Expediente.

47 “[e]nfermedad arterio periférica y carotidea (...), Diabetes Mellitas, (...) Insuficiencia venosa (crónica) (...) Poli neuropatía”,⁴⁷ y “insuficiencia vascular cerebral”. ⁴⁷

48 Ver sentencias T-783 de 2006 y T-683 de 2003.

49 MP: Jaime Araújo Rentería.