

Sentencia T-455/17

Referencia: Expediente T-6.064.785

Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora Sandra Milena Mariño Jiménez contra el Fondo Distrital de Salud y el Instituto Nacional de Cancerología

Magistrado Ponente:
**LUIS GUILLERMO GUERRERO
PÉREZ**

Bogotá DC, dieciocho (18) de julio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Segunda de Revisión, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El 26 de enero de 2017, la señora Sandra Milena Jiménez instauró acción de tutela contra el Fondo Financiero Distrital de Salud (Secretaría de Salud de Bogotá) y el Instituto Nacional de Cancerología ESE, por considerar que, tras la muerte de su padre, estas entidades vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital y a “(...) *darle cristiana sepultura*”¹.

¹ Cuaderno 1, folio 8.

La acción de tutela fue admitida por la autoridad judicial de instancia el 27 de enero de 2017². Los hechos relevantes del caso se resumen de la siguiente manera:

1.1. Hechos

- (i) El padre de la accionante, señor Pedro Mariño Rincón, se encontraba viviendo en la República Bolivariana de Venezuela y retornó al país debido a múltiples enfermedades que le fueron diagnosticadas, entre ellas, mieloma múltiple, fracturas patológicas vertebrales, anemia mormocítica, EPOC y diabetes mellitus³.
- (ii) El señor Mariño Rincón ingresó el 19 de enero de 2017 al Instituto Nacional de Cancerología⁴, en donde fue remitido al área de cuidados intensivos y falleció el día 24 del mes y año en cita⁵.
- (iii) Según la demandante, el Instituto afirmó que no podía entregar el cadáver de su padre, hasta tanto no se cancelara el 30% del valor total de los servicios prestados, a título de cuota de recuperación.
- (iv) Finalmente, a través de factura de venta del 25 de enero de 2017, el Instituto procedió a realizar el cobro de los servicios mencionados, cuyo monto asciende a la suma de \$ 2.174.901 pesos⁶, valor que se encuentra amparado con una letra de cambio suscrita por la actora.

1.2. Solicitud y argumentos planteados

Con fundamento en los hechos relatados, la accionante solicitó al juez de tutela que, tras amparar sus derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, ordene al Instituto Nacional de Cancerología hacer entrega inmediata del cadáver de su progenitor, excluyendo el cobro del total de los gastos de hospitalización en que se hayan incurrido.

En cuanto a la primera pretensión, cuestionó que se permitiera a las entidades de salud justificar la retención de un cadáver por motivos económicos. Y, frente a la segunda, señaló que el cobro realizado supera su capacidad económica, lo que incide en la satisfacción de su derecho al mínimo vital. Por lo demás, afirma que la regulación del SISBEN es deficiente, ya que no se identifica con certeza a los posibles beneficiarios a partir de las condiciones específicas en que viven, como ocurrió con su padre, al omitir la valoración de las enfermedades que padecía.

1.3. Contestación de las entidades demandadas

1.3.1. Contestación de la Secretaría Distrital de Salud⁷

² Cuaderno 1, folio 11.

³ Cuaderno 1, folio 7, respaldo.

⁴ Cuaderno 1, folio 19.

⁵ Cuaderno 1, folio 3.

⁶ Cuaderno 1, folio 4.

⁷ Cuaderno 1, folios 16 a 18. Entidad vinculada por el juez de primera instancia.

La citada Secretaría Distrital solicitó que el amparo invocado sea denegado, pues al señor Mariño Rincón se le garantizó la totalidad de los servicios requeridos, por cuenta de la contratación que tiene el Fondo Financiero Distrital de Salud con el Instituto Nacional de Cancerología para la atención de población no asegurada.

Sobre el particular, enfatizó que los cobros que se efectuaron como cuotas de recuperación son dineros facturados por la IPS que prestó directamente los servicios, frente a los cuales la Secretaría Distrital no tiene ninguna incidencia, pues se trata de recursos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), cuyo porcentaje se asigna a partir del puntaje dado por el SISBEN.

Se explica que el señor Mariño Rincón no reportaba afiliación al SGSSS y, por el puntaje otorgado, estaba inhabilitado para afiliarse a una EPS del régimen subsidiado, ya que en la encuesta le fue adjudicado el nivel 3. Sin embargo, en el evento de que hiciera parte de la población repatriada de Venezuela, habría tenido derecho a ingresar al régimen subsidiado, de conformidad con el Decreto 1768 de 2015⁸, circunstancia que nunca fue alegada ni puesta de presente.

A continuación, la Secretaría se refirió a la obligación de cofinanciación de los servicios de salud requeridos y mencionó que las cuotas de recuperación fueron liquidadas de acuerdo con el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995⁹, pues era viable cobrar hasta el 30% del valor de los servicios prestados, sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicho esto, expuso que se trataba de recursos del SGSSS y que, por lo mismo, no se hallaba facultada para desconocer los preceptos legales que establecían su cobro, entre ellos, el literal i) del artículo 10 de la Ley 1751 de 2015¹⁰. Ahora bien, pese a la validez del cobro realizado, la Secretaría considera que se debe instar al Instituto Nacional de Cancerología a entregar el cadáver reclamado, ante la existencia de alternativas para asegurar el pago, menos gravosas para sus familiares.

1.3.2. Instituto Nacional de Cancerología ESE¹¹

El Instituto Nacional de Cancerología solicitó que el amparo fuese denegado, pues el cuerpo del señor Mariño Rincón fue entregado a sus familiares el 27 de enero de 2017 y, en relación con los servicios prestados y no cubiertos por

⁸ “Por el cual se establecen las condiciones para la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de los migrantes colombianos que han sido repatriados, han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela”.

⁹ “Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad social en Salud”.

¹⁰ Disposición que establece: “Son deberes de las personas relacionadas con el servicio de salud, los siguientes: i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago”.

¹¹ Cuaderno 1, folios 19 a 20.

el POS, debía realizarse el cobro de la cuota de recuperación, de conformidad con la Resolución 1479 de 2015¹² y el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995¹³.

Para el Instituto, los valores exigidos corresponden a una obligación que debe ser satisfecha por el usuario y que está dirigida a la financiación del sistema de salud. Cualquier exoneración depende del ente territorial, al tratarse de recursos públicos previstos para cubrir este tipo de contingencias.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN Y ELEMENTOS DE PRUEBA

2.1. Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Veinte Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá negó el amparo por la materialización de un hecho superado, pues el cadáver del señor Mariño Rincón fue entregado a sus familiares. A pesar de ello, resolvió exhortar a la Secretaría Distrital de Salud (Fondo Financiero Distrital de Salud) para que revisara el caso y determinara si existía alguna causal que le permitiese asumir el monto total de los servicios prestados.

En este último punto, el *a quo* consideró que, por regla general, los conflictos o reclamaciones de orden económico no son susceptibles de ser resueltos a través de la acción de tutela, pues para ello existen otros mecanismos judiciales de defensa ante la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, por las consideraciones del caso cabía realizar un exhorto, por medio del cual se evaluará la ocurrencia de alguna hipótesis exceptiva de la obligación de pago.

2.2. Elementos probatorios aportados a la causa

- a. Certificado de defunción del señor Pedro Mariño Rincón (cuaderno 1, folio 3).
- b. Factura de venta expedida por el Instituto Nacional de Cancerología por la suma de \$ 2.174.901 pesos, por los servicios prestados al señor Mariño Rincón (cuaderno 1, folio 4).
- c. Copia de clasificación del señor Mariño Rincón en el SISBEN, en donde se observa un puntaje 63,71 a diciembre de 2016 (cuaderno 1, folio 6).

2.3. Elementos probatorios allegados tras actuaciones de esta Corporación

¹² Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de salud, suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado.

¹³ El artículo en cita dispone que: "**Cuotas de Recuperación.** Son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en los siguientes casos: (...) 3) Para la población identificada en el nivel 3 de SISBEN pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento".

En Auto del 5 de junio de 2017, este Tribunal dispuso recaudar los siguientes elementos probatorios:

- a. En primer lugar, se ofició a la señora Sandra Milena Mariño Jiménez para conocer su situación particular y, en concreto, para que informara cuáles son las razones por las que no le es posible realizar el pago de la cuota de recuperación por los servicios médicos realizados a su padre, así como para conocer si suscribió algún documento o título valor que soporte la existencia de la deuda que reclama el Instituto Nacional de Cancerología.
- b. De igual modo, se ofició al citado Instituto para que informara si la señora Sandra Milena Mariño Jiménez tenía una deuda contraída a su favor. En caso tal, allegara el documento que soportara su existencia.
- c. También se ofició al Ministerio de Salud y Protección Social (FOSYGA) para que remitiera el historial de afiliaciones en salud de la señora Sandra Milena Mariño Jiménez.
- d. Finalmente, se ofició a la Secretaría de Salud Distrital de Bogotá para que informara: (i) qué tipo de convenio tenía con el Instituto Nacional de Cancerología para la prestación de servicios hospitalarios y (ii) qué actuaciones había adelantado tras el exhorto realizado por el juez de tutela de instancia.

Durante el término dispuesto en la providencia referida, se allegaron a la Corte los siguientes documentos:

- a. Cuaderno en el que consta las actuaciones adelantadas por el Instituto Nacional de Cancerología ESE.
- b. Cuaderno en donde se observan las actuaciones surtidas por el Fondo Financiero Distrital de Salud (Secretaría de Salud de Bogotá).
- c. Reporte del historial de afiliación al Sistema General de la Seguridad Social en Salud de la señora Sandra Milena Mariño Jiménez, aportado por el Ministerio de Salud.

De estas pruebas se hará referencia en el caso concreto, no sin antes destacar que la señora Sandra Milena Mariño Jiménez no se pronunció sobre ninguno de los requerimientos realizados por este Tribunal.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del asunto de la referencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. El expediente fue seleccionado

mediante Auto del 30 de marzo de 2017 proferido por la Sala de Selección Número Tres, la cual dispuso su reparto a la Sala Segunda de Revisión.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

Con base en los hechos probados y alegados, corresponde a la Sala Segunda de Revisión determinar si, en primer lugar, la acción de tutela instaurada contra el Instituto Nacional de Cancerología ESE y el Fondo Financiero Distrital de Salud (Secretaría de Salud de Bogotá) resulta procesalmente viable. En caso afirmativo, en segundo lugar, deberá establecer si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana de la accionante, por no hacer entrega inmediata del cadáver de su progenitor, una vez ocurrida su muerte; y por efectuar el cobro correspondiente al valor de la cuota de recuperación, respecto de los servicios que le fueron prestados a su padre, pese a la difícil situación económica que se invoca.

Para dar respuesta a los problemas planteados, la Corte inicialmente se referirá a los requisitos de procedencia de la acción de tutela y a las reglas relativas a la carencia actual de objeto; luego abordará lo referente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cobertura y deber de solidaridad en la cofinanciación de dicho sistema, así como a las circunstancias legales y jurisprudenciales que autorizan la exoneración de cuotas de recuperación. Finalmente, se abordará el estudio del caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1. Legitimación por activa

La legitimación por activa encuentra fundamento en el artículo 86 de la Carta Política¹⁴, el cual indica que toda persona podrá instaurar *por sí misma o a través de representante*, acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales. En desarrollo de este mandato, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991¹⁵ enfatiza que la acción podrá ser instaurada por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Adicionalmente, señala que el afectado podrá actuar por sí mismo o a través de representante.

La Sala encuentra que este requisito se satisface en el caso bajo examen, no lo sólo porque la señora Sandra Milena Mariño es quien ha realizado todas las diligencias necesarias para reclamar el cadáver de su progenitor¹⁶; sino

¹⁴ Disposición que establece: “*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*”.

¹⁵ El artículo en cita dispone: “*Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales*”.

¹⁶ Cuaderno 1, folio 19.

también porque corresponde a la persona a la que se le dirigió la factura de venta por concepto de los servicios de salud prestados a su padre.

3.2. Legitimación por pasiva

La legitimación por pasiva encuentra sustento en el artículo 86 de la Carta Política, el cual señala que la acción u omisión de cualquier *autoridad pública* que amenace o vulnere los derechos fundamentales, es susceptible de ser controvertida a través de la acción de tutela. De igual manera, el citado mandato constitucional consagra las hipótesis excepcionales en las que cabe el amparo frente a particulares, cuyo desarrollo se encuentra previsto en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala encuentra satisfecho el requisito de procedencia de la legitimación por pasiva, pues las entidades sobre las que recae la presunta acción vulneradora de los derechos fundamentales son autoridades públicas. Tal condición se predica del Instituto Nacional de Cancerología, al ser una Empresa Social del Estado¹⁷; y del Fondo Financiero Distrital de Salud, por tratarse de un establecimiento público del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que tiene a su cargo el recaudo y la administración de las diferentes rentas destinadas al sector salud¹⁸.

3.3. Inmediatez

Como requisito de procedencia, la inmediatez encuentra fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, el cual dispone que la acción de tutela está encaminada a la protección “*inmediata*” de los derechos fundamentales. Al respecto, en la Sentencia T-172 de 2013¹⁹, esta Corporación señaló que es deber del actor ejercer la acción en un tiempo razonable contado desde que se presenta la actuación u omisión que causa la amenaza o violación de los derechos.

En el caso objeto de estudio, la Sala observa que los hechos que generaron la solicitud de amparo tuvieron ocurrencia los días 24 y 25 de enero de 2017²⁰; mientras la acción de tutela fue instaurada al día siguiente, esto es, el día 26 del mes y año en cita²¹, plazo que se considera razonable con miras a obtener un amparo inmediato como el que justifica el ejercicio de esta acción de naturaleza constitucional.

¹⁷ Decreto 5017 de 2009, “*por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Instituto Nacional de Cancerología, Empresa Social del Estado*”.

¹⁸ Acuerdo 020 de 1990, “*por el cual se organiza el Sistema Distrital de Salud de Bogotá*”. Puntualmente, en el artículo 8 se dispone que: “*Créase el “Fondo Financiero Distrital de Salud”, encargado de recaudar y administrar los recursos del situado fiscal, rentas cedidas al Distrito, impuesto al valor agregado por seguros obligatorios de vehículos a motor y en general la totalidad de los recursos captados por el Distrito Especial de Bogotá y provenientes de diferentes fuentes públicas y privadas destinadas al sector salud, como un establecimiento público del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.*” Énfasis por fuera del texto original.

¹⁹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁰ Cuaderno 1, folios 2, 3 y 4.

²¹ Cuaderno 1, folio 10.

3.4. De la carencia de objeto

En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha señalado que la carencia actual de objeto es una figura procesal que se configura cuando, respecto de la petición de amparo, la orden del juez no tendría efecto alguno, como consecuencia de la extinción de las circunstancias que motivaron la solicitud²². Precisamente, en la Sentencia T-677 de 2016²³, la Corte indicó que esta figura puede presentarse a través del daño consumado o por vía del hecho superado.

El *daño consumado* tiene ocurrencia cuando la amenaza o violación del derecho ya ha ocasionado el perjuicio que se pretendía evitar con el mecanismo preferente de la tutela, de manera que resulta inocuo impartir una orden para solventar dicha situación. Por el contrario, el *hecho superado* se presenta cuando la supuesta transgresión del derecho fundamental invocado por el accionante desaparece como consecuencia de una acción u omisión por parte del demandado. En este caso, al cesar la acción que motiva el amparo, de igual manera resulta innecesario adoptar una decisión sobre el particular.

Visto el caso en concreto, la Sala comparte lo resuelto por el juez de instancia en cuanto a la configuración de una carencia actual de objeto, en relación con la pretensión de entrega del cadáver, pues un día después de instaurada la acción de tutela, esto es, el 27 de enero de 2017, el Instituto Nacional de Cancerología procedió a autorizar la entrega del cuerpo del señor Pedro Mariño Rincón a sus familiares²⁴.

Sin embargo, con respecto a la pretensión de exoneración de la cuota de recuperación, la Sala advierte que el objeto del proceso continúa vigente, ya que la señora Sandra Milena Mariño Jiménez asumió una letra de cambio frente al Instituto Nacional de Cancerología, en garantía del pago de la obligación derivada de los servicios prestados a su padre.

3.5. Subsidiariedad

Esta Corporación en su jurisprudencia reiterada ha explicado que los artículos 86 de la Constitución y 6 del Decreto 2591 de 1991 contemplan el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela²⁵. En tal virtud, el amparo puede ser instaurado por cualquier persona ante la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, siempre y cuando se halle dentro de alguna de las siguientes hipótesis: (i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración o amenaza de los derechos alegados; o que, en caso de existir, (ii) dicho medio no resulte eficaz o idóneo para la protección del derecho reclamado; o que, pese a su eficacia,

²² Ver entre otras, las Sentencias T-045 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-678 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-677 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁴ Cuaderno 1, folio 19.

²⁵ Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

(iii) sea necesaria la intervención transitoria del juez constitucional, con el propósito de evitar la consumación de un perjuicio irremediable²⁶.

A partir de lo expuesto, y de conformidad con el inciso primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, según el cual “*la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*”, este Tribunal ha sostenido que no cabe una valoración genérica del medio ordinario de defensa judicial, pues en abstracto cualquier mecanismo puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales.

Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la *eficacia* de la acción ordinaria sólo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso objeto de estudio, de modo que se logre la finalidad de brindar la plena e *inmediata* protección de los derechos específicos involucrados en cada asunto²⁷. En este sentido, cabe enfatizar que el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991 establece que el trámite del amparo constitucional ha de desarrollarse de acuerdo con los principios eficacia y de prevalencia del derecho sustancial²⁸.

Visto lo anterior, en el asunto bajo examen, en relación con la pretensión objeto de pronunciamiento, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece de manera taxativa, los asuntos de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de los cuales cabe el ejercicio de la función jurisdiccional. En dicha normatividad, no se otorga competencia a la citada autoridad para conocer de las controversias relativas a la exoneración cuotas de recuperación, cuando el servicio médico ya ha sido prestado²⁹.

Por otra parte, pese a que la resolución de las controversias relativas al Sistema de Seguridad Social Integral entre los afiliados, usuarios y las

²⁶ En lo pertinente, las normas en cita disponen que: “**Artículo 86.-** (...) *Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. “**Artículo 6.-** *La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*”.

²⁷ Sobre el tema se puede consultar la Sentencia T-646 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁸ El artículo citado establece: “*El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia*”.

²⁹ Disposición que establece: “**Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.** *Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud*”.

entidades prestadoras se halla a cargo de la jurisdicción ordinaria laboral³⁰, lo prolongado que puede llegar a ser su trámite, le resta la eficacia necesaria para dar una respuesta inmediata al amparo solicitado, el cual se vincula con la satisfacción del mínimo vital, de quien asegura se encuentra en incapacidad de asumir el pago de una obligación derivada de los servicios que le brindó el sistema de salud, con la circunstancia adicional de que existe un título valor susceptible de ser ejecutado en el corto plazo.

En consecuencia, la Sala Segunda de Revisión encuentra que la presente causa es procedente en relación con la pretensión relativa a la exoneración de cuotas de recuperación, ya que la señora Sandra Milena Mariño no cuenta con otro medio ordinario de defensa judicial que, en términos de eficacia e idoneidad, le permita resolver la controversia planteada.

4. Sistema General de Seguridad Social en Salud

En múltiples ocasiones, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 49 del Texto Superior³¹, este Tribunal ha señalado que la salud tiene en el ordenamiento jurídico una doble connotación. Por una parte, se trata de un derecho de carácter fundamental y, por la otra, de un servicio público.

4.1. Cobertura, participantes afiliados y vinculados

En cuanto a la salud como servicio público, se tiene que uno de los principales objetivos de la Ley 100 de 1993, consiste en la ampliación de la cobertura poblacional del sistema³². Al respecto, el artículo 157 identifica dos tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud: la población afiliada y la población vinculada. Hace parte de la población afiliada aquellas personas que se encuentran adscritas al SGSSS, en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, dependiendo de la capacidad de pago. En contraste, la población vinculada reúne a aquellas personas que, además de carecer de recursos, todavía no han sido vinculadas al régimen subsidiado y se encuentran por fuera del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Esta

³⁰ Código de Procedimiento Laboral, art. 2.

³¹ Artículo 49 de la C.N: *“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 servicios 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 en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”*.

³² Ley 100 de 1993, Preámbulo: *“La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”*.

población tiene derecho a la prestación de los servicios por parte de instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado³³.

4.2. Deberes de los participantes

El literal i) del artículo 10 de la Ley 1751 de 2015³⁴ establece el deber de los participantes y vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud de contribuir solidariamente a su financiación, de acuerdo con su capacidad de pago³⁵. Puntualmente, el inciso 1 del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 dispone que la *población afiliada al régimen contributivo*, tanto cotizante como beneficiaria, tiene el deber de pagar las cuotas moderadoras³⁶. Sin embargo, en lo que corresponde a los copagos³⁷, el artículo 3 del Acuerdo 30 de 1996 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, subrogado por el Acuerdo 260 de 2004, limita su cobro a los afiliados beneficiarios³⁸.

Por su parte, la *población afiliada al régimen subsidiado*, de conformidad con el Concepto 31066 de 2012 de la Superintendencia Nacional de Salud³⁹, se

³³ La norma citada dispone: “Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. **A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.** Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en salud: **1.** Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título III de la presente Ley. **2.** Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. 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. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus Subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago. **B. Personas vinculadas al Sistema.** Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”.

³⁴ La normatividad citada establece: “Son deberes de las personas relacionadas con el servicio de salud (...) literal (i): contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago”.

³⁵ La normatividad citada establece: “Son deberes de las personas relacionadas con el servicio de salud (...) literal (i): contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago”.

³⁶ Se entiende por cuota moderadora el porcentaje que se debe pagar por todo servicio de salud que se utilice y que tiene como finalidad racionalizar el uso de los recursos de la salud.

³⁷ El artículo 2 del Acuerdo 260 de 2004 establece que “los copagos son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar al sistema”.

³⁸ Norma que dispone: “(...) 3. Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos: Las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.”

³⁹ La cita refiere: “Con respecto al cobro de cuotas moderadoras y copagos en el régimen subsidiado del sistema General de Seguridad Social en salud, se establece que de conformidad con lo contemplado por el artículo 11 del Acuerdo 260 del CNSSS, no existe exigencia del cobro de cuotas moderadoras en los servicios, que contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, fueren requeridos por el afiliado a este régimen. Los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud contemplados por el POSS que reciban, a través de copagos, y no por cuotas moderadoras, los cuales serán establecidos según su clasificación por listado censal y según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén. Del mismo modo, los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los

encuentra excluida del deber de pago de cuotas moderadoras⁴⁰. No obstante, el inciso 1 del artículo 187 de la Ley 100 de 1993⁴¹ señala el deber de cancelación de copagos.

Por último, el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 dispone que la *población vinculada* tiene el deber pagar cuotas de recuperación, entendidas como los dineros que debe cancelar el usuario directamente a las instituciones prestadoras por los servicios de salud suministrados. Esta disposición establece que el valor del porcentaje de pago de cuotas de recuperación asumido por el usuario será determinado por su nivel en el SISBEN⁴².

Así las cosas, es claro que todos los participantes y vinculados al SGSSS tienen un deber de contribuir con su financiamiento, con el propósito de garantizar su sostenibilidad y de contar con recursos que permitan ampliar su cobertura. Sin embargo, el cumplimiento de este deber no puede convertirse en una barrera que imposibilite el acceso al sistema de salud, por lo cual, ante hipótesis de incapacidad de pago, se han contemplado por vía legal y jurisprudencial algunas circunstancias de exoneración, que serán referidas a continuación.

4.3. Circunstancias de exoneración

El artículo 7 del Acuerdo 30 de 1996 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, subrogado por el Acuerdo 260 de 2004⁴³ establece, entre otras cosas, la *exoneración de copagos* a favor de la población afiliada al régimen subsidiado, siempre que estén inmersos en circunstancias excepcionales, por ejemplo, en los casos en que el paciente padece de enfermedades catastróficas o de alto costo.

servicios de salud no contemplados o no cubiertos por el POSS que reciban, a través de cuotas de recuperación, y no por cuotas moderadoras ni por copagos, las cuales serán establecidas según su clasificación por listado censal y según los niveles o categorías fijadas por el Sisben”.

⁴⁰ El inciso 2 del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, establece: “*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 y la antigüedad de afiliación en el sistema según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.*

⁴¹ Norma mencionada en la cita 25.

⁴² La preceptiva establece: “**Cuotas de recuperación.** Son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las instituciones prestadoras de servicios de salud en los siguientes casos: 1. Para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación. 2. La población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el nivel 1 del Sisben o incluidas en los listados censales pagarán un 5% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por la atención de un mismo evento y en el nivel dos del Sisben pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. 3. Para la población identificada en el nivel 3 de Sisben pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento. 4. Para las personas afiliadas al régimen subsidiado y que reciban atenciones por servicios no incluidas en el POSS, pagarán de acuerdo con lo establecido en el numeral 2° del presente artículo. 5. La población con capacidad de pago pagará tarifa plena. El máximo valor autorizado para las cuotas de recuperación se fijará de conformidad con las tarifas SOAT vigentes”.

⁴³ La norma citada, establece: “*Servicios sujetos al cobro de copagos. Podrán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: 1. Servicios de promoción y prevención. 2. Programas de control en atención materno infantil. 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles. 4. Enfermedades catastróficas o de alto costo. 5. La atención inicial de urgencias. 6. Los servicios enunciados en el artículo precedente”.*

En la Sentencia T-411 de 2003⁴⁴, esta Corporación dispuso la aplicación por vía de analogía del precepto anteriormente reseñado, para justificar la exoneración total de las cuotas de recuperación en el caso de los vinculados al sistema. Para el efecto se consideró que de no admitirse su aplicación analógica se produciría un tratamiento diferenciado carente de justificación entre la población afiliada y la población vinculada. Con todo, para su aplicación, la Corte condicionó la exoneración a que se encuentre acreditada la falta de capacidad económica del vinculado, esto es, de quien padeció personalmente la patología catastrófica o de alto costo.

En relación con la prueba de la capacidad de pago, si bien no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba, sin perjuicio de que el juez de tutela pueda 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 que necesita.

5. Caso concreto

Una vez verificados los requisitos de procedencia y de conformidad con los hechos probados y alegados dentro del trámite de revisión de la acción de tutela de la referencia, la Sala Segunda de Revisión procede a abordar el caso concreto con el objetivo de resolver el problema jurídico relativo a la exoneración de cuotas de recuperación.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora Sandra Milena Mariño Jiménez, actuando por sí misma, solicita la protección de sus derechos al mínimo vital y a la dignidad humana presuntamente vulnerados por las entidades demandadas, al requerir el pago de la suma de \$ 2.174.901 pesos, por concepto de cuotas de recuperación, correspondiente al 30% del valor de los servicios médicos suministrados a su padre.

De las pruebas allegadas al expediente, se observa que el Instituto Nacional de Cancerología liquidó los servicios médicos suministrados al señor Mariño Rincón por un valor total de \$ 7.939.149 pesos, de los cuales \$ 5.764.248 fueron asumidos por el Fondo Financiero Distrital de Salud y, el saldo restante, le correspondió a la señora Mariño Jiménez, como ya se dijo, al

⁴⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño. *“En efecto, si se parte de considerar que las personas afiliadas al sistema de seguridad social mediante el régimen contributivo se hallan en capacidad de cotizar y que las personas vinculadas no tienen esa capacidad y que se mantienen en tal condición hasta ser afiliadas al sistema mediante el régimen subsidiado, abundan razones para que éstas sean exoneradas de los pagos moderadores en los eventos de enfermedades catastróficas pues carece de sentido que a los afiliados mediante el régimen contributivo, los que se hallan en capacidad de pagar sus cotizaciones, se los exonere de tales pagos y no se haga lo mismo con las personas vinculadas pese a no contar con tal capacidad”.*

producirse la muerte de su padre. Cabe resaltar que frente a dicha suma se otorgó una letra de cambio a favor del Instituto Nacional de Cancerología.

Con base en lo anterior, la Sala estima que la actuación del Instituto Nacional de Cancerología, consistente en efectuar el cobro por concepto de cuotas de recuperación, se encuentra ajustada a lo establecido en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995⁴⁵, dado que el señor Mariño Rincón, al momento de su muerte, pertenecía al nivel 3 del SISBEN, por lo tanto, el monto cobrado por el Instituto corresponde al porcentaje legalmente establecido para su nivel socioeconómico.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 7 del Acuerdo 30 de 1996 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, subrogado por el Acuerdo 260 de 2004, en concordancia con la Sentencia T-411 de 2003⁴⁶, es posible exonerar el cobro de las cuotas de recuperación por padecimiento de enfermedades catastróficas o de alto costo, siempre que, para el efecto, se acredite la falta de capacidad económica del vinculado.

En el asunto bajo examen, al sobrevenir el deceso del señor Mariño Rincón, la obligación derivada de la prestación de servicios de salud por concepto de cuotas de recuperación, se transformó en una obligación de carácter civil representada a través de un título valor y, por lo tanto, la señora Sandra Milena Mariño Jiménez puede acudir a la jurisdicción ordinaria civil para efectos de que allí se tome una decisión y se defina si cabe o no la exoneración solicitada.

Por otro lado, pese a que la Corte desplegó actuaciones para establecer la condición socioeconómica de la accionante, no fue posible determinar cuál es su situación actual, toda vez que pese a ser notificada del auto de pruebas, guardó silencio frente las solicitudes realizadas, motivo adicional que impide, en sede de amparo, excluir la obligación de contribución que existe con el SGSSS.

En consecuencia, esta Sala de Revisión concluye: *(i)* que el señor Mariño Rincón recibió tratamiento médico oportuno correspondiente a su patología; *(ii)* que el cobro realizado por concepto de cuotas de recuperación, se ajustó a lo reglado por el Decreto 2357 de 1995; *(iii)* que en la medida en que la actora se abstuvo de allegar los documentos y pruebas requeridas por esta Corporación, no fue posible determinar la falta de capacidad económica supuestamente alegada y que *(iv)* la accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria civil, para que sea ésta la que decida si es o no procedente la exoneración solicitada.

⁴⁵ La norma en cita, precisa: “Cuotas de recuperación. Son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las instituciones prestadoras de servicios de salud en los siguientes casos: (...) 3. Para la población identificada en el nivel 3 de Sisben pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento”.

⁴⁶ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En suma, comoquiera que no es posible evidenciar una transgresión de los derechos fundamentales invocados por la accionante, esta Sala procede a confirmar el fallo dictado el seis (6) de febrero de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- Por las razones expuestas en esta providencia, **CONFIRMAR** el fallo proferido el seis (6) de febrero de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá.

Segundo.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (E)