Floridablanca, veinticinco (25) de abril de dos mil veintidós (2022)

TUTELA
RADICADO: 2022-00041
ACCIONANTE: RUDDY GABRIELA BERNAL MOGOLLÓN
AGENCIADO: EVAN GABRIEL PEÑA BERNAL
ACCIONADOS: EPS COOSALUD - y otra
ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

A S U N T O

Se resuelve la acción de tutela interpuesta por la señora RUDDY GABRIELA BERNAL MOGOLLÓN como agente oficiosa de su menor hijo EVAN GABRIEL PEÑA BERNAL, contra la EPS COOSALUD, trámite al que se vinculó de manera oficiosa a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES”, ante la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

A N T E C E D E N T E S

1.- La señora Ruddy Gabriela Bernal Mogollón, como agente oficiosa de su menor hijo Evan Gabriel Peña Bernal, expuso que este último cuenta con 3 años de edad, se encuentra afiliado en el régimen contributivo de salud en calidad de beneficiario a través de la EPS COOSALUD y, el médico tratante le diagnosticó Autismo en la niñez, por lo que desde hace dos años le prescribió terapias fonoaudiólogas ocupacionales con enfoque del neurodesarrollo y terapias ABA, estas últimas programadas todos los días, para el desarrollo de su funcionalidad.

Ahora bien, su precaria situación económica, el hecho de ser madre cabeza de familia, el deber de encargarse también de las necesidades de su otro hijo menor y cubrir gastos como arriendo, servicios públicos y educación, limitan la posibilidad de asumir los copagos y cuotas moderadoras que se generan para acceder a las terapias que requiere la salud de su menor hijo Evan Gabriel, por lo que incluso adquirió deudas para sortear la situación lo cual retrasa la atención médica, sin embargo en la actualidad le es imposible seguir costeándolos; motivos suficientes para deprecar el amparo de los derechos del infante y, por ende, la exoneración de copagos, cuotas de recuperación o valores que se generen por la atención que requiera.

2.- Una vez se avocó conocimiento se vinculó al trámite tutelar al representante legal de COOSALUD EPS y, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES”, quienes manifestaron lo siguiente:

2.1. El Gerente Regional Nororiente de la EPS COOSALUD informó que – en efecto – el menor agenciado se encuentra activo en el SGSSS en el régimen contributivo a través de esa entidad y en la calidad de beneficiario; en lo que tiene que ver con el motivo del trámite tutelar, adujo que la información advertida era suficiente para presumir la capacidad de pago de los responsables del menor, así que solicitó que se declare improcedente

2.2. Por su parte, el apoderado del Jefe de la oficina Jurídica de la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, afirmó que la responsabilidad de definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia recae en la EPS, situación que permite inferir una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad que representa.

Indicó que con la expedición de la resolución 205 de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social fijó los presupuestos máximos con el fin de que las empresas prestadoras de salud EPS sean las encargadas de gestionar y administrar los recursos para servicios y medicamentos no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en consecuencia, las EPS cuentan con independencia administrativa y financiera a fin de garantizar a los ciudadanos todos los servicios y tecnologías que requieran, evitando así dilaciones y trámites administrativos que constituyan una barrera de acceso al goce efectivo del derecho a la salud.

C O N S I D E R A C I O N E S

3.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y célere para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, el cual se caracteriza por ser un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando sea utilizado como herramienta transitoria para evitar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable.

4.- Atendiendo a lo consignado en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del art. 1° del Decreto 1983 de 2017, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida contra una Entidad Promotora de Salud, a saber, COOSALUD EPS.

5.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, por lo tanto, la señora RUDDY GABRIELA BERNAL

MOGOLLÓN, está facultada para interponerla como agente oficiosa de su menor hijo, quien en atención a su minoría de edad no se encuentra en capacidad de acudir de manera directa.

6.- En el presente evento, el **problema jurídico** se restringe a determinar si la negativa de EPS COOSALUD en exonerar al menor Evan Gabriel Peña Bernal y su progenitora de la cancelación de copagos o cuotas moderadoras, dado que se encuentran activos en el régimen contributivo de salud, sin tener en cuenta la situación actual del núcleo familiar, impide su acceso al tratamiento médico que requiere y, de contera vulnera su derecho a la salud.

Desde ya se advierte que, la **respuesta al problema jurídico** deviene afirmativa, pues está en pugna el derecho fundamental a la salud y la vida en condiciones dignas de un menor de edad que ostenta la condición de sujeto de especial protección desde una doble connotación, de un lado, su minoría de edad y, de otro, su especial estado de salud, por lo que priman aquellas garantías sobre la actual exigencia administrativa, además es claro que el menor agenciado se encuentra en una evidente condición de dependencia, adicionalmente, debe decirse que le asiste razón a la accionante de quien se presume su buena fe y dado que si lo que se discute es la capacidad económica la carga de la prueba se invierte y le correspondía a la EPS acreditarla, lo cual no hizo de forma suficiente.

7.1. **Premisas de orden jurídico** sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores.

7.1.1. Carácter autónomo del derecho a la salud.

En la actualidad, se predica la naturaleza fundamental del derecho a la salud, lo cual - sin duda - indica que ante su vulneración o puesta en peligro la protección podría implorarse – de forma independiente y autónoma - a través de la acción de tutela, sin que se supedite a la violación de otro derecho fundamental. Al respecto el máximo Tribunal Constitucional señaló que:

"…Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud "en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal" para pasar a proteger el derecho "fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional "(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud..."[1]

Así mismo, la H. Corte Constitucional pacíficamente ha discernido respecto del derecho fundamental a la salud lo siguiente:

[1] Sentencia T-700 de 2009, M.P. Humberto A. Sierra Porto.

"…la Ley 1751 de 2015[2] reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible. En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela…"[2]

7.1.2. Específicamente, acerca del derecho a la salud en los niños, como sujetos de especial protección. Al respecto la Corte Constitucional refirió lo siguiente.

"…Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47) la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales…"[3]

7.1.3. En relación a la manifestación de la accionante de no contar con recursos económicos para sufragar los costos que conlleva la enfermedad que padece la menor, la H. Corte Constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil referido a que:

" ..incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario. Consecuentemente, cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos. De acuerdo a lo expuesto, se debe presumir la buena fe de la madre del menor, respecto a la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos que conlleva la enfermedad que padece el menor. En este

[2] Sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
[3] Sentencia T 193-2013 M.P. Alexei Julio Estrada

orden de ideas, le corresponde a la entidad accionada, de acuerdo con la jurisprudencia de ésta corporación, controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad".[4]

Por otra parte en pronunciamientos recientes estableció unas reglas básicas para establecer en qué casos hay lugar a eximir al usuario de la cancelación de dichos rubros, así:

"… Al respecto dispuso que procederá esa exoneración ***(i)*** cuando la persona que necesita con urgencia[38] un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a este, asumiendo el 100% del valor[39] y ***(ii)*** cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio…". "…En este orden de ideas, de conformidad con lo indicado, se tiene que la exigencia reglamentaria de reclamar el pago de cuotas moderadoras y/o copagos no es contraria a la Constitución pues, a través de ellos se busca obtener una contribución económica al Sistema en razón a los servicios prestados. Sin embargo, aquél no podrá exigirse cuando de su aplicación surja la vulneración a un derecho fundamental…"[5].

En la misma decisión, como reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de quien aduce no tenerla, precisó la Alta Corporación, lo siguiente:

"…De este modo, de presentarse una acción de tutela, las EPS deben aportar la información al juez de amparo constitucional, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o frente a los cuales se alegue la imposibilidad de asumir el valor de los pagos moderadores. Se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. En caso de no hacerlo, el operador judicial, debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica. Las reglas aplicables han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: **a.** La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.[43] Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas se tengan como prueba suficiente. **b.** Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la

[4] Sentencia T-225/07 M.P. Clara Inés Vargas Hernández
[5] Corte Constitucional, Sentencia T 597 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante,[44] pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado.[45]Asimismo, en este escenario es necesario que el juez de tutela revise el valor y periodicidad de los copagos y de las cuotas moderadoras, en aras de establecer cuan gravosa es la erogación económica en atención a los ingresos del accionante…"[6].(Subrayado fuera de texto).

7.2. **Premisas de orden fáctico**

Ahora bien, se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional porque obran elementos de juicio que así lo acreditan o no fue objeto de discusión entre las partes, lo siguiente:

i) El menor EGPB de 3 años de edad se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud en calidad de beneficiario a través de COOSALUD EPS;

ii) Conforme se establece de la historia clínica allegada al expediente, el menor fue valorado el 2 de marzo de 2022 por el especialista tratante en neurología, quien le diagnosticó AUTISMO EN LA NIÑEZ, por lo que le ordenó terapia ocupacional integral tres (3) veces por semana, terapia fonoaudiología integral tres (3) veces por semana y terapias ABA cuatro (4) horas al día de lunes a viernes.

iii) La accionante afirmó que tiene otro hijo menor, su núcleo familiar lo integran sus dos hijos, los cuales dependen de ella como madre cabeza de familia, adicional a ello adjunto comprobante de nómina como empleada de la Caja Santandereana de Bienestar Familiar "CAJASAN", en el que se plasma que desempeña el cargo de Analista experto de categoría, con sueldo básico de $2'351.063= menos deducibles por valor $675.600= por lo que recibe mensualmente la suma de $1'675.454=, dinero este del cual afirmó debe sufragar sus necesidades básicas y los de su núcleo familiar como son arriendo, alimentación, aseo, colegio, servicios públicos y transporte que sobre pasan sus ingresos, por lo que ha tenido que endeudarse para no retrasar o suspender el tratamiento que requiere su menor hijo.

8.- **Conclusiones.** Al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas legales y jurisprudenciales, se logró dilucidar lo siguiente:

8.1. La situación emerge clara, la EPS se niega a la exoneración de copagos o cuotas de moderación pues considera que la accionante cuenta con los medios para continuar asumiendo

[6] Ídem

la carga dada su afiliación al régimen contributivo. A su turno, la accionante insiste en que actualmente no cuenta con los recursos económicos para continuar asumiéndola, por lo que el tratamiento de su hijo se encuentra en riesgo.

8.2. Cómo en el acápite de argumentos jurídicos se dejó plasmado, el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario. En todo caso, la máxima siempre será que si una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico.

8.4. En ese mismo sentido, quedó por sentado que si el usuario del servicio de salud necesita con urgencia un servicio médico y carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores en cuanto a la cantidad de terapias que requiere, conforme lo prescribió el especialista tratante, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor. De la misma manera, se adujo que, ante la ausencia de otros medios probatorios, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario del menor, su condición de sujeto de especial protección y, los menguados ingresos mensuales, que según la madre resultan inferiores a las necesidades básicas de su núcleo familiar, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado, lo cual sucedió en el presente caso, pues nada se aportó en contraposición.

8.5. Ahora bien, la accionante manifestó que carece de los recursos para solventar los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación o los demás gastos que se generaran por la prestación del servicio de salud de su menor hijo con respecto a la enfermedad que padece, dicha afirmación no fue discutida por la EPS sobre la cual se invirtió la carga de la prueba.

8.6. La afirmación de la accionante está amparada por el principio de la buena fe, pero además ante la ausencia de otros medios probatorios, del plenario puede resaltarse que si bien es cierto el menor se encuentra afiliado al régimen contributivo, lo cierto es que conforme a su diagnóstico de AUTISMO EN LA NIÑEZ, requiere de una gran cantidad de terapias a saber: terapia ocupacional integral tres (3) veces por semana, terapia fonoaudiología integral tres (3) veces por semana y terapias ABA cuatro (4) horas al día de lunes a viernes, conforme lo prescribió el especialista tratante.

8.7. Es evidente que los copagos y cuotas moderadoras son exigencias contempladas en la reglamentación que rige las entidades promotoras de salud, no obstante, conforme a los

precedentes constitucionales el derecho fundamental a la salud del menor debe primar sobre la obligación del cubrimiento de estos factores económicos por la acreditada imposibilidad material de hacerlo.

8.8. Por supuesto en principio resulta valido afirmar que la afiliación al régimen contributivo es un elemento de juicio que permite afirmar que el accionante y su grupo familiar cuentan con capacidad económica, de lo contrario, formarían parte del régimen subsidiado; sin embargo, es precisamente esa afirmación la que intenta desvirtuar la accionante, dado que su s ingresos mensuales en la actualidad es inferior a lo que debe gastar en arriendo, alimentación, estudio y educación de sus hijos, a lo que se suma que debe asumir los costos de las terapias del niño afectado las cuales son diarias, monto que por supuesto sobrepasa sus posibilidades y, por lo que el tratamiento del infante que padece de autismo en la niñez terminará siendo abandonado.

Es por eso que, la excepción a la regla de la exoneración estimada legalmente para los usuarios del régimen subsidiado, cobra relevancia en este caso, y debe extenderse de forma excepcional respecto del servicio específico que la usuaria expone que desequilibra su balanza financiera, de lo contrario el tratamiento médico para el sujeto de especial protección constitucional se vería afectado y, de contera, su salud y vida en condiciones dignas, máxime si la afirmación impregnada del principio de la buena fe que extendió la accionante respecto de su condición económica y sus obligación, sobre la cual operó la regla de inversión de la carga de la prueba no fue desvirtuada por la EPS accionada.

8.9. Entonces, sin mayores elucubraciones es fácil concluir que se está vulnerando el derecho fundamental reclamado y la tutela emerge como la única vía de protección confiable; así las cosas, se amparará la garantía fundamental y, en consecuencia, se ordenará al representante legal de la EPS COOSALUD - o quien haga sus veces - que dentro del término de cuarenta ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente decisión – si aún no lo ha hecho - asuma en un 100% el pago de los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación o los demás gastos que se generaran por la prestación del servicio de salud a favor del menor EVAN GABRIEL PEÑA BERNAL, lo cual estará limitado exclusivamente al servicio de las terapia ocupacional integral, terapia fonoaudiología integral y terapias ABA, conforme a la prescripción de los médicos tratantes adscritos a la institución.

En cuanto a los demás servicios de salud que requiera el menor el pago de los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación o los demás gastos que se generarán por la prestación del servicio de salud, deberán seguir siendo asumidos por cuenta su familia.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN

FLORIDABLANCA– en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud del menor EVAN GABRIEL PEÑA BERNAL identificado con el Registro Civil 1097793640 conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: **ORDENAR** al Representante Legal de la EPS COOSALUD – o quien haga sus veces - que dentro del término de cuarenta ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente decisión – si aún no lo ha hecho – asuma en un 100% el pago de los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación o los demás gastos que se generaran por la prestación del servicio de salud a favor del menor EVAN GABRIEL PEÑA BERNAL, lo cual estará limitado exclusivamente al servicio de las terapia ocupacional integral, terapia fonoaudiología integral y terapias ABA, conforme a la prescripción de los médicos tratantes adscritos a la institución. So pena de incurrir en desacato de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. En cuanto a los demás servicios de salud que requiera el menor el pago de los copagos, cuotas moderadoras, de recuperación o los demás gastos que se generarán por la prestación del servicio de salud, deberán seguir siendo asumidos por cuenta de la familia del menor.

TERCERO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

C Ó P I E S E, N O T I F Í Q U E S E y C Ú M P L A S E

El Juez,

GABRIEL ANDRÉS MORENO CASTAÑEDA