

Sentencia T-1069/04

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida digna

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Finalidad

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Obligaciones frente a servicios no incluidos en el POS

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Beneficiarios deben ser atendidos cuando requieran servicios no incluidos en el POS

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Prestación del servicio de salud excluido del POS/ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Transplante de hígado a persona de escasos recursos

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-973744

Acción de tutela instaurada por Bernardo Alzate Cataño contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín y la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Bernardo Alzate Cataño contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Coomeva E.P.S.

I. ANTECEDENTES

El señor Bernardo Alzate Cataño instauró acción de tutela contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la E.P.S. Coomeva, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, en razón a que las entidades demandadas se niegan a practicar un trasplante ortotópico de hígado que requiere con urgencia argumentando que este procedimiento se encuentra excluido del POS-S.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado de Salud en el nivel II del SISBEN, a través de la A.R.S. Coomeva. Hace alrededor de dos años acudió por el servicio de urgencias al hospital del Municipio de Don Matías en el Departamento de Antioquia, de donde fue remitido al Hospital Pablo Tobón Uribe en la ciudad de Medellín, en este centro hospitalario le fue diagnosticada la patología denominada CIRROSIS HEPATICA AVANZADA SECUNDARIA E INFECCION POR EL VIRUS DE LA HEPATITIS B, para la que ha venido recibiendo tratamiento. El 22 de abril de 2004, los médicos encargados de atender su caso en el Hospital antes mencionado enviaron una solicitud de autorización para la realización de un TRASPLANTE ORTOTÓPICO DE HIGADO a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia; procedimiento que a la fecha de interponer la tutela no había sido autorizado.

Agregó que debido a su enfermedad le es imposible trabajar, pues padece “dolores insoportables, se me hinchan los pies y se me brota el cuerpo con unas pintas”, lo que dificulta aún mas su situación económica, pues deriva su sustento y el de su familia de lo que produce una pequeña finca que, según su afirmación, apenas les da para subsistir. Sostuvo que le sería imposible asumir por su cuenta el costo de la cirugía que reclama, incluso adujo no poder costear el valor del copago correspondiente a un procedimiento de este tipo, pues para comprar sus medicamentos ha tenido que pedir la colaboración de vecinos y amigos. Solicita, en consecuencia, se ordene a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia que se programe la realización del trasplante lo más pronto posible, de la misma manera que le sea suministrado el tratamiento integral que se derive tanto del trasplante como de su enfermedad y que dada su incapacidad económica total, se ordene al FOSYGA que asuma el valor del copago que por los procedimientos realizados tuviera que asumir.

II. INTERVENCIÓN DE LA DIRECCION SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA

El Secretario Seccional de Salud de Antioquia, en escrito dirigido al Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín, informó que el TRASPLANTE ORTOTOPICO DE HIGADO no se encuentra cubierto dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado establecido en la Resolución 5261 de 1994. Agregó que “La Dirección Seccional de Salud de Antioquia debe ejercer sus funciones de acuerdo a lo previsto en la Constitución y las Leyes, dentro de las cuales no existe mandato legal en el sentido de estar obligada a garantizar los servicios de salud como tratamientos, procedimientos y suministro de medicamentos que no están a su cargo por la Ley. El ejecutar dicha conducta configuraría una extralimitación en el ejercicio de sus funciones...”

III. INTERVENCION DE COOMEVA E.P.S.

La Apoderada Especial de Coomeva E.P.S., empresa promotora de salud que en este caso actúa como ARS, en oficio dirigido al Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín, informó que en efecto el señor Bernardo Alzate Cataño se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de esa entidad como Administradora del Régimen Subsidiado. Sobre el procedimiento reclamado por el demandante indicó, que el TRASPLANTE ORTOTOPICO DE HIGADO se encuentra excluido del POS - Subsidiado. Explicó que la Estructura del Régimen Subsidiado está basada en que el Estado entrega a la Administradora del Régimen Subsidiado A.R.S., el valor de una U.P.C (Unidad de Pago por Capitación) por cada afiliado, este dinero que reciben del Estado debe ser destinado a la atención en salud de sus afiliados dentro del marco que delimita sus responsabilidades, es decir, lo que se salga de esa normatividad, no le es exigible a las A.R.S. Indicó además, que en concordancia con el artículo 4º del Acuerdo 72 de 1997,¹ el señor Alzate Cataño tiene derecho a ser atendido de manera prioritaria con cargo a los recursos del subsidio a la oferta por intermedio de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, por lo que esa entidad es la encargada de autorizar el procedimiento solicitado.

IV. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Conoció del presente caso en primera instancia el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, quien en sentencia de 11 de junio de 2004 concedió la tutela solicitada por Bernardo Alzate Cataño, para lo cual ordenó a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia “...que en el término de ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia

autorice el trasplante Ortotópico de Hígado prescrito al señor Alzate cataño, sin la imposición a este de copagos o cuotas de recuperación, con la posibilidad de recobro de los costos que asuma la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, por fuera de los servicios a su cargo, ante el Fondo de Solidaridad y Garantía 'FOSYGA', subcuenta de solidaridad”.

Consideró el a quo que “...es el Estado al que la corresponde prestar el tratamiento por fuera del POSS subsidiado al solicitante ya que no se desvirtuó lo afirmado por este en cuanto a su dificultad económica para asumir los costos de su enfermedad, es decir que le corresponde a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta, provenientes del Fosyga través de las UPCS (Unidades de Pago por Capitalización Subsidiadas)”. Accedió a la petición de exonerar al demandante de la cancelación de copagos argumentando que se trata de una persona de bajos recursos, que se encuentra en el Nivel II del Sisben y que su afirmación no fue controvertida por los entes demandados.

Impugnada la anterior decisión, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de julio 28 de 2004, modificó la decisión del a quo en el sentido de que el accionante ha de cubrir la cuota de recuperación que se exige para una intervención de trasplante de hígado. Consideró el ad quem que el juez de primera instancia se equivocó al exonerar de la cancelación del copago al demandante, amparado únicamente en su grado de pobreza, pues esta condición ya había sido determinada por su estado de “sisbenizado” en el Nivel II, y aún para éstas personas la ley estableció cuotas mínimas de recuperación.

V. PRUEBAS RELEVANTES QUE CONSTAN EN EL EXPEDIENTE.

En el expediente obran las siguientes pruebas que merecen destacarse:

* A folio 2 del cuaderno principal, copia del carné de afiliación del demandante a Coomeva E.P.S.

* A folio 3 del cuaderno principal, copia de la cédula de ciudadanía del señor Bernardo Alzate Cataño.

* A folio 5 del cuaderno principal, formato de remisión de pacientes del Hospital Pablo Tobón Uribe en el que aparece como servicio solicitado para el señor Alzate Cataño TRASPLANTE HEPATICO.

VI. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y CASO CONCRETO.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Lo que se debate.

Corresponde determinar en este fallo si a una persona que pertenece al nivel II del Sisben y que requiriere con urgencia un trasplante de hígado, le puede ser negado tal servicio, bajo el argumento de no estar incluido en el POSS. Igualmente deberá analizarse si la obligación de las personas pertenecientes al régimen subsidiado de salud de cancelar las cuotas de recuperación, persiste aún cuando se demuestre que el usuario no tiene capacidad de pago.

3. Derecho a la salud, fundamental por conexidad.

La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si bien el derecho a la salud tiene carácter prestacional, adquiere la connotación de fundamental al estar en conexidad con el derecho a la vida. En efecto la Corte ha expresado:

“... que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental², si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.³ De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente⁴, en los eventos en que por

conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental”⁵

Esta Corporación ha precisado en diversos fallos que el derecho a la vida no se reduce a la simple existencia biológica, sino que implica, además, la posibilidad de que la persona lleve una vida en condiciones dignas, lo más lejano posible al sufrimiento, de manera que pueda desempeñarse normalmente en sociedad. Al respecto, en la sentencia T-171 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte sostuvo que el derecho a la salud se entiende como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.⁶

4. Cómo opera la atención en salud para las personas que pertenecen al régimen subsidiado.

En virtud del principio constitucional de solidaridad, el Régimen Subsidiado garantiza que los sectores más pobres y vulnerables de la población (estratos 1 y 2), tales como las madres durante el embarazo, parto, postparto y lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de sesenta y cinco (65) años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los artistas y deportistas, los trabajadores y profesionales independientes, los toreros y sus subalternos, los periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago (Ley 100/93, arts. 211 y s.s.), accedan a la prestación del Plan Obligatorio de Salud para la atención preventiva, médico – quirúrgica, de rehabilitación y el suministro de medicamentos esenciales (Acuerdo 72 y 74 de 1997 del CNSSS).

El subsidiado es un sistema que se financia a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de la solidaridad de que trata la Ley 100 de 1993 y se organiza según las condiciones de operación determinadas por el Consejo Nacional de

Seguridad Social en Salud –SGSSS–.

Actualmente los acuerdos 77 de 1997 y 244 de 2003 del CNSSS, regulan tales condiciones y establecen la forma de realizar la identificación, selección y afiliación de las personas al Régimen Subsidiado. Para el efecto hace uso de diferentes herramientas dentro de las cuales la principal es el SISBEN –Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales-, el cual permite que las autoridades de las entidades territoriales focalicen el gasto social descentralizado hacia las personas más pobres y vulnerables de la población⁷.

En consecuencia, la identificación de los potenciales beneficiarios debe realizarse por las Alcaldías Municipales a través de la encuesta del Sisben, al tenor del artículo 7 del Acuerdo 77 de 1997 y 9 del Acuerdo 244 del CNSSS, salvo que se trate de las poblaciones especiales⁸ determinadas por el artículo 4 del acuerdo 244 de 2003, las cuales podrán ser identificadas sin la práctica de tal encuesta. A su turno, la selección de los posibles beneficiarios del Sistema se realiza por parte de la Dirección de Salud respectiva (departamental, distrital o municipal), de conformidad con el artículo 213 de la Ley 100 de 1993, según los criterios de priorización para la asignación de subsidios contenidos en el artículo 7 del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS. El proceso de afiliación de los potenciales beneficiarios es realizado por las entidades territoriales a través de sus direcciones de salud, para lo cual deben indicar públicamente a las ARS y a los usuarios que se encuentran seleccionados, a efecto de que estos últimos puedan elegir libremente una ARS que opere en la región (artículo 11 del Acuerdo 244 del CNSSS). Lo que significa que, así como el Estado sitúa sus recursos de manera descentralizada en cada una de las entidades territoriales, de conformidad con el número de población afiliada, la atención en salud también se presta dentro de la entidad territorial que ha recibido los recursos mediante su propia red pública de servicios o a través de las A.R.S. contratadas en la región para tal efecto.

El mencionado diseño corresponde con el modelo de asignación de recursos a las entidades territoriales previsto en la Ley 715 de 2001⁹ para el régimen subsidiado, teniendo en cuenta que el Estado debe disponer y ubicar los recursos para financiar la prestación del servicio de salud a la población más pobre y vulnerable del país en un contexto regional, lo cual resulta adecuado en términos de control y eficiencia fiscal.¹⁰

5. Obligaciones de las A.R.S. frente a los tratamientos, procedimientos o medicamentos no

incluidos en el POS-S. Opciones posibles para la protección del derecho a la salud en conexidad con la vida.

En reiteradas oportunidades¹¹ esta Corporación ha considerado que las restricciones que imponen los Planes Obligatorios de Salud no son oponibles a aquella porción de la población más pobre y vulnerable de la sociedad (por razones de estado de salud mental, edad y nivel de desarrollo), por tratarse de sujetos que merecen una especial protección de parte del Estado. Así, existe para éste el deber de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales que la persona colocada en tal situación requiera para mantener o recuperar su salud y la conservación de una existencia en condiciones de dignidad humana.

Bajo estos supuestos se ha determinado que cuando una persona requiera una actividad, un procedimiento, una intervención o un medicamento excluido del P.O.S.-S., éste debe ser suministrado por el Estado (primera opción) mediante la Administradora del Régimen Subsidiado-A.R.S. a la que se encuentra afiliada la persona, con la posibilidad de exigir del Estado (Fosyga) el reintegro de los gastos en que incurre o (segunda opción) bien a través de la A.R.S. respectiva en coordinación con la entidad territorial correspondiente con cargo a los recursos no cubiertos con subsidios a la demanda, de conformidad con los artículos 4 del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS¹² y 31 del Decreto 806 de 1998¹³

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Una primera medida está orientada a que la A.R.S. realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA; y una segunda medida es la orden a la A.R.S. de que coordine con la entidad pública o con la privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto”.¹⁴

Lo anterior porque mientras el usuario permanezca afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, la entidad territorial o la administradora deben velar por su atención integral, en respeto de los principios de eficiencia y continuidad en la prestación del servicio, los cuales suponen que cuando se esté practicando un tratamiento o procedimiento médico a un

paciente, aquel no puede suspenderse, sin quebrantar gravemente sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas¹⁵.

De lo anterior se sigue que “el juez de tutela no puede absolver a las E.P.S y a las A.R.S. de toda responsabilidad respecto de la atención de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud arguyendo que el procedimiento requerido no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios que rigen la prestación del servicio, porque aunque la actividad no esté incluida en el Plan, el doliente sigue siendo su afiliado y por ende su recuperación se encuentra bajo su cuidado y responsabilidad”¹⁶.

La adopción de una cualquiera de las dos opciones respecto a la forma de garantizar la prestación de los servicios de salud, corresponde al juez de tutela quien debe “analizar los hechos y circunstancias de cada asunto en particular, teniendo en cuenta el grado de vulneración del derecho fundamental involucrado, la naturaleza de las obligaciones asumidas por las A.R.S. y la finalidad del régimen de limitaciones y exclusiones del POS-S.”¹⁷.

6. Caso concreto.

La base fáctica de la presente demanda de tutela puede sintetizarse de la siguiente manera:

- El señor BERNARDO ALZATE CATAÑO, presentó demanda de tutela con el fin de que le fueran protegidos los derechos a la salud y seguridad social en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por Coomeva A.R.S. y la Dirección de Salud de Antioquia, al negar la práctica del trasplante de hígado que requiere y que ha sido ordenado por sus médicos tratantes.
- De acuerdo con las pruebas recaudadas, se puede concluir que en efecto el señor Bernardo Alzate Cataño padece de CIRROSIS HEPATICA AVANZADA SECUNDARIA E INFECCIÓN POR VIRUS DE LA HEPATITIS B, esto en concordancia con la solicitud elevada a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia por los médicos del Hospital Pablo Tobón Uribe y los apartes de la historia clínica que obran en el expediente (folios 4 y 5 del expediente).
- Igualmente, aparece acreditado en la información existente en el expediente que debido a

esta patología requiere como única opción terapéutica en éste instante de la evolución de su enfermedad, la práctica de un TRASPLANTE ORTOTOPICO DE HIGADO, entendido como la sustitución del hígado enfermo del paciente por otro procedente de un donante cadáver.

- Se encuentra probada igualmente la incapacidad económica del accionante, su nivel de pobreza y la dificultad que le representa continuar trabajando, dado su deteriorado estado de salud.

A la luz de lo expuesto, estima la Sala que en el presente caso la afectación de la salud del accionante guarda una especial relación con el derecho a la vida en condiciones dignas, pues la enfermedad que sufre, indiscutiblemente no le permite llevar su vida en las circunstancias esperadas de normalidad. En este orden de ideas, para la Sala es clara la relación de conexidad entre el derecho a la salud (artículo 49 C.P.) y el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas (artículos 1 y 11 C.P.), toda vez que el mencionado trasplante le permitirá disfrutar de una mejor calidad de vida, lo que constituye presupuesto para el ejercicio de las plenas facultades vitales y el mejoramiento del goce de su existencia. Por lo anterior, considera la Sala que es procedente la presente acción de tutela, reiterando que el derecho a la salud es tutelable cuando su vulneración apareja la violación al derecho a la vida o a la integridad.¹⁸ Así, en eventos en los cuales la falta de atención médica o la prestación indebida de este servicio, (demoras, incumplimientos, excusas administrativas, falta de contratos, falta de médicos, etc), implique grave riesgo para la vida de una persona o su integridad, la Constitución Política habilita a los jueces para conceder el correspondiente amparo.

Ahora bien, en tanto en el expediente consta que el peticionario pertenece al régimen subsidiado Nivel 2 y se encuentra afiliado a la ARS COOMEVA, procederá entonces la Sala a analizar qué entidad es responsable para asumir el costo de los servicios no contemplados en el POS-S, de conformidad con las alternativas planteadas en el considerando 5. de la presente Sentencia y la negativa de los entes demandados a cubrir el trasplante recomendado.

Ciertamente, en el sub lite la A.R.S. COOMEVA le negó el servicio al accionante bajo el argumento de no estar contemplado en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POSS- .A su vez, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, se abstuvo de realizar la intervención

aduciendo las mismas razones, atinentes a las exclusiones del POSS.

Como se indicó en líneas precedentes, la jurisprudencia ha diseñado dos vías para la protección de aquellas personas que por tutela reclaman procedimientos, diagnósticos, medicamentos e intervenciones quirúrgicas por fuera del POSS. Una primera medida está orientada a que la A.R.S. realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA; y una segunda medida es la orden a la A.R.S. de que coordine con la entidad pública o con la privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Como lo sostuvo la sentencia T-059 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda, la primera alternativa de protección supone que la ARS, garantice directamente la prestación del servicio, solución excepcional que se da cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional; la segunda de las opciones, señaló el fallo mencionado, supone un deber de acompañamiento e información, pues, en principio, la prestación corresponde al Estado.

Así entonces, dadas las características particulares que rodean este caso y tratándose de una persona que sufre graves quebrantos de salud y que requiere como única opción para mejorarse un trasplante de hígado, estima la Corte que la protección real de sus derechos se logra por medio de una orden útil, concreta y efectiva orientada a que se le practique oportunamente el trasplante de hígado al demandante con la entidad que de manera más eficiente asegure la prestación del servicio y le permita el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Ha sido ésta la línea de la jurisprudencia en lo concerniente a los casos anteriores relacionados con trasplantes de hígado y con tratamientos y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, cuando en esta última circunstancia, los peticionarios son generalmente personas que requieren urgentemente un tratamiento o diagnóstico, se encuentran imposibilitadas para trabajar, son menores de edad o personas en el rango de tercera edad. (T-059 de 2004). La Corte ha asumido que la primera medida diseñada por la jurisprudencia, es decir ordenarle a la ARS correspondiente que realice las intervenciones y los tratamientos excluidos del POS, es la que más se compadece con razones elementales de humanidad, fundadas en el deber constitucional de solidaridad y en la primacía de los derechos fundamentales de las personas, cuando se trata, como se indicó, de urgencia

manifiesta en las cuales el tratamiento o el medicamento requerido sean necesarios en forma inmediata para permitir la supervivencia de quien está gravemente enfermo, o para aliviar situaciones de alto sufrimiento que impiden la subsistencia en condiciones básicas de dignidad (T-1213 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda).

Así, la sentencia T-972 de 2001 amparó los derechos a la vida y la salud de una menor de edad que demandaba por un trasplante de hígado, para lo cual la Sala Tercera de esta Corporación concluyó que la responsabilidad le cabía a la ARS demandada, luego de analizar previamente cuál de las entidades comprometidas contaba con una mayor capacidad de respuesta respecto de la atención médica que la menor requería, quién había tenido la responsabilidad previa de su cuidado y cuál era la entidad que contaba con más facilidades para hacerse cargo de la remisión de la menor a una institución prestadora del servicio de salud con capacidad técnica adecuada para realizar oportunamente el trasplante de hígado. La sentencia T-541 de 2003, concluyó igualmente dando la orden a la ARS demandada en esa ocasión, por cuanto la accionante era una persona de 71 años de edad que gozaba de especial protección del Estado y carecía de recursos económicos para pagar los gastos de la atención reclamada. En el mismo sentido, entre otras, las sentencias T-794 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas y T-738 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

En el presente caso se advierte lo siguiente:

- La sentencia de primera instancia concedió la tutela ordenando la realización del trasplante a la Secretaría de Salud de Antioquia. Dada la gravedad en la salud del accionante y teniendo en cuenta que las sentencias de instancia habían ordenado el trasplante de hígado, este Despacho contactó telefónicamente al accionante quien manifestó que pese a los fallos a su favor y al delicado estado de su salud, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, no había ordenado ni diligenciado aún la intervención quirúrgica reclamada que por

Por consiguiente, considera la Sala que si bien las instancias ampararon en debida forma los derechos fundamentales del paciente, los cuales consideraron vulnerados por la actitud de las entidades prestadoras del servicio, la Sala optará por aplicar la primera medida explicada en esta providencia, por cuanto es la alternativa que para este caso se aprecia más eficaz frente a la urgencia del trasplante de hígado, el estado de salud del accionante y sus precarias condiciones de supervivencia. En tal virtud, ordenará a la ARS COOMEVA que

preste la atención al señor ALZATE CATANÓ en la medida en que las ARS tienen la responsabilidad de garantizar de manera preferente y especial la atención de sus afiliados, así el procedimiento requerido o el medicamento solicitado se encuentren excluidos del P.O.S. subsidiado.

Teniendo en cuenta que resulta desproporcionado exigirle a la A.R.S. Coomeva que asuma de manera definitiva un gasto no previsto y al cual no está obligada legalmente, así sea con la finalidad de garantizar la protección de derechos fundamentales del peticionario, se autorizará para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- por los gastos adicionales en que incurra, con el fin de mantener el equilibrio financiero del sistema.¹⁹

En lo concerniente al cobro de las cuotas de recuperación, valga precisar que la sentencia de segunda instancia que se revisa, mantiene la autorización del trasplante, pero revoca la orden relativa al pago de las cuotas moderadoras. A este respecto, valgan las siguientes consideraciones:

Es claro que a los beneficiarios del Régimen Subsidiado en Salud se les exige una contribución en dinero como contraprestación por la atención en salud recibida, la que se conoce como cuota de recuperación y se establece de acuerdo con el nivel del Sisben en el que se clasifique el beneficiario²⁰. Así, los clasificados en el nivel dos (2) del Sisben que forman parte de la población vinculada al régimen de salud, deben pagar una cuota de recuperación equivalente al 10% de los servicios prestados²¹.

Con todo, esta Corporación ha hecho énfasis en que una exigencia reglamentaria, si bien no es contraria a la Constitución, no puede aplicarse cuando con ella se desconozcan los derechos fundamentales a la vida y a la salud, por lo que “la protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual”²².

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

Cabe anotar que la Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado la existencia de la presunción de falta de capacidad económica en cabeza de los beneficiarios del SISBEN²³, criterio que repite el Departamento Nacional de Planeación –Dirección de Desarrollo Social y

Misión Social, cuando señala que la población objetivo de la encuesta “SISBEN nivel 2” “...son los pobres que no alcanzan a pertenecer a la pobreza extrema [o población de los pobres menos pobres extremos]...”.

Por consiguiente, respecto al cobro del copago que habrá de exigírsele al señor Alzate Cataño, considera esta Sala que i) en tanto el demandante afirmó que no cuenta con una capacidad económica tal que le permita asumir este gasto, ii) ni las entidades demandadas argumentaron lo contrario y, iii) la jurisprudencia antes citada se opone totalmente a la imposición de obstáculos de tipo económico o contractual para la prestación de un servicio médico, del que sin duda depende la vida del demandante, es claro que la necesidad de la atención en salud del accionante prima frente al cobro de la cuota de recuperación.

Por todo lo anterior, la Corte revocará las sentencias de instancia y procederá a adoptar la siguiente decisión:

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín el 28 de julio de 2004, dentro del proceso de la referencia y en su lugar CONCEDER la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida de acuerdo con los considerandos de esta sentencia.

Segundo. ORDENAR a la A.R.S. Coomeva, que en tanto ya se encuentran adelantados todos los trámites necesarios para la práctica de la cirugía de TRASPLANTE ORTOTÓPICO DE HÍGADO en la persona de Bernardo Alzate Cataño en el Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín, asuma el costo de este tratamiento y de todos los servicios que pueda requerir el demandante con ocasión de éste, sin que le sea oponible el pago de cuotas de recuperación o cualquier otra condición para el efecto.

Tercero. La ARS COOMEVA deberá cubrir lo concerniente al trasplante de hígado que el accionante necesita y coordinará con las autoridades Seccionales de Salud de Antioquia y

con el Hospital PABLO TOBON URIBE de la ciudad de Medellín, lo relativo a los donantes de hígado y los programas existentes para ello. Igualmente deberá asegurarse de que la intervención del trasplante de hígado, cuya realización no podrá superar los cuatro meses a partir de la notificación de la presente providencia, cuente con el consentimiento informado del accionante, ayudado por los profesionales idóneos de la salud que le expliquen los riesgos, los beneficios y las expectativas de vida posteriores a la cirugía.

Cuarto. ADVERTIR a la A.R.S. Coomeva, que podrá repetir contra el Estado específicamente contra Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) por todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo y que no esté cubierto por el P.O.S-S

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 ARTICULO 4.- La complementación de los servicios del POSS, a cargo de los recursos del subsidio a la Oferta: En la etapa de transición, mientras se unifican los contenidos del POSS

con los del POS del Régimen Contributivo aquellos beneficiarios del Régimen Subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POSS, tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las Instituciones Públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.

2 Corte Constitucional. T- 395 de 1998; T- 076 de 1999; T-231 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Ver Sentencia No T-271 de 1995. Sentencia T-494 de 1993. Sentencia T- 395/98.

4 Al respecto se deben consultar las sentencias SU- 111 de 1997 ; Su-039 de 1998 ; T-236 de 1998 ; T-395 de 1998 ; T-489 de 1998 : T-560 de 1998, T-171 de 1999, entre otras.

5 Sentencia T-1036 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero

6 Sentencia T-597 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Ver artículos 3 y 7 del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS.

8 Estos son: población infantil abandonada, indigente, en condiciones de desplazamiento forzado, desmovilizada, rural migratoria, comunidades indígenas, núcleos familiares de las madres comunitarias y personas de la tercera edad en protección de ancianatos.

9 El artículo 44 de la Ley 715 de 2001, establece que corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el sistema general de seguridad social en salud en el ámbito de su jurisdicción.

10 T-685 de 2004 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

11 Ver entre otras las Sentencias T-134 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-544 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-738 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

12 El artículo 4 del Acuerdo 72 de 1997 establece lo siguiente:

13 El artículo 31 del Decreto 806 de 1998 determina que:

“Prestación de servicios no cubiertos por el POS subsidiado. Mientras se garantiza la afiliación a toda la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado, las personas vinculadas al sistema general de seguridad social en salud, tendrán acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes”.

14 Ver sentencia T-1048/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

15 Ver entre otras las sentencias T-059 de 1997 y SU-562 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-572 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

16 Sentencia T-1048/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

17 Ibídem.

18 Esta línea ha sido reiterada, entre otras, por la sentencia T-632 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en la cual se resume la posición jurisprudencial en los siguientes términos: “(...) el derecho a la salud es un derecho prestacional, que puede adquirir la connotación de fundamental cuando con su afectación resulten vulnerados o amenazados derechos fundamentales como la vida, la integridad de la persona, la dignidad humana u otro derecho fundamental.”

19 En el mismo sentido las sentencias T- 213 de 2003 y T- 738 de 2003, entre otras.

20 El artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 frente a las cuotas de recuperación para los beneficiarios del SISBEN en el nivel 2, son definidas en primer lugar, como el porcentaje que en dinero deben asumir las personas censadas pero que no han sido vinculadas a una ARS o IPS, por la prestación de servicios de salud incluidos en el POSS, y, en segundo término, como el porcentaje que deben pagar las personas afiliadas al régimen subsidiado, por la prestación de servicios no incluidos en el POSS.

21 Según afirmación hecha por la Secretaría de Salud y del Ambiente de Bucaramanga, la señora Zoraida Garavito Chipagra debe pagar el 10% del valor de la atención prestada, sin que el cobro exceda de la mitad (1/2) de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

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

23 Afirmación hecha por la Corte, entre otros, en la Sentencia T-410 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.