

Sentencia T-506/07

DERECHO A LA SALUD-Procedimientos y servicios que están fuera del POS deberán ser cubiertos por los entes territoriales correspondientes

Todos aquellos servicios y procedimientos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (es decir, lo no cubierto por los subsidios a la demanda), deberán ser cubiertos por los entes territoriales correspondientes, de conformidad con el nivel de complejidad que se evidencie en cada caso concreto, con cargo a los recursos destinados a la prestación de servicios de salud de oferta.

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Suministro del medicamento botox para tratamiento que no tiene fines estéticos

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Inaplicación de normas que determinan la responsabilidad de las entidades territoriales para que sea la ARS quien deba cubrirlos/DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Suministro del medicamento botox por la ARS y repetición contra la Secretaría de Salud del Departamento, quedando la actora exenta de copagos

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en eventos en los cuales una persona afiliada al régimen subsidiado necesita de servicio excluidos del POS-S ha inaplicado las normas que determinan la responsabilidad directa de las entidades territoriales, para que sea directamente la ARS la que entre cubrirlos, con derecho a repetir contra las entidades territoriales. La inaplicación de las normas se ha dado bajo el supuesto de protección de los derechos fundamentales a sujetos que, de conformidad con lo que dispone la Constitución Política, son sujetos de especial protección constitucional. Por lo anterior, la Sala considera que debe ser inaplicada la norma que ordena a las entidades territoriales cubrir los servicios que se encuentren excluidos en el POS-S, y en consecuencia, ordenará que sea directamente la ARS la que entregue el medicamento y adelante los procedimientos que sean necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece la accionante, pudiendo repetir, en todo caso, contra el Departamento del Valle del Cauca por los costos en que incurra. Finalmente, la Sala considera pertinente inaplicar la norma que tiene que ver con la recuperación de los

copagos (artículo 18 del Decreto 2357 de 1995), con el fin de que la accionante no tenga que sufragar gasto alguno, dado su grave estado de salud, su evidente incapacidad económica y su edad (63 años).

Referencia: expediente T-1577698

Accionante: María Esneda Ruiz

Accionado: Secretaría departamental del Valle del Cauca, EMSANAR y el Ministerio de la Protección Social

Procedencia: Juzgado 5 Laboral del Circuito de Cali

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C, cinco (5) de julio de dos mil siete (2007)

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido dentro del expediente T-1577.698, decidido en primera instancia por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, el 27 de octubre de 2006 y, en segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, el 31 de enero de 2007.

El expediente de la referencia, fue escogido para revisión por medio de auto proferido por la Sala de Selección número cuatro, el 10 de abril de 2007.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

La accionante considera que se le ha vulnerado su derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida como consecuencia de la violación a la garantía de la prestación del servicio de salud.

Los hechos que dan origen a la acción impetrada son los siguientes:

1. La accionante se encuentra afiliada al régimen subsidiado a través de la ARS EMSSANAR, desde el 1 de abril de 1997.
2. De conformidad con su historia clínica, la accionante sufre de Blefaroptosis (Caída del párpado superior por edad, diabetes, miastenia, etc.).
3. Con el fin de tratar su enfermedad, el médico tratante le formuló el medicamento Toxina Botulínica (Botox).
4. Al acudir a la ARS, la accionante solicitó el medicamento formulado pero éste le fue negado porque no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POS-S).
5. Para la accionante, la falta de suministro del medicamento anunciado atenta contra la salud y contra su vida.
6. En la actualidad, la accionante tiene 63 años de edad.

B. Contestación de las entidades accionadas

Dentro del trámite de la primera instancia, se decidió correr traslado a la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca y vincular a la ARS Emssanar y al Ministerio de la Protección Social, quienes se pronunciaron respecto de la demanda de tutela en los siguientes términos:

* La Secretaría de Salud del Valle del Cauca

Solicita que la institución sea desvinculada de la acción de tutela puesto que de conformidad con la normatividad vigente, corresponde a la ARS, la prestación del servicio de salud y la entrega de los medicamento formulados por el médico tratante. Sin embargo, en los casos en los cuales el medicamento no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, bien sea en el régimen contributivo o el subsidiado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha inaplicado las normas de seguridad social, sobre la base de que exista la vulneración de un

derecho fundamental.

De este modo, de demostrarse que existe una vulneración de algún derecho fundamental de la actora, lo procedente es que se inapliquen las normas pertinentes, se ordene a la entidad de seguridad social el suministro del medicamento y, finalmente, se autorice que la institución de salud repita contra el Estado por el valor de ellos.

* La ARS Emssanar

Se opone a la prosperidad de la acción de tutela, con fundamento, entre otros, en los siguientes argumentos:

* El medicamento que solicita la accionante y que fue recetado por el médico tratante no se encuentra dentro del POS-S y, en consecuencia, corresponde al Departamento del Valle del Cauca a través de los Fondos departamentales o distritales entregarlo puesto que de lo que se trata es de atender un servicio de mediana o alta complejidad.

* Los dineros para el suministro del medicamento a la accionante tienen como fuente los recursos destinados a la prestación de servicios de salud de la población pobre no cubierta con subsidios a la demanda, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 10 de 1990, la Ley 100 de 1993, la Ley 715 de 2001, los decretos 2357 de 1995 y 806 de 1998, y el Acuerdo 306, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en cumplimiento de los artículos 305 y 315 de la Constitución Política.

* Corresponde a las entidades territoriales el suministro de los servicios no cubiertos en el POS-S y requeridos por los afiliados al régimen subsidiado, siempre y cuando residan en su jurisdicción; esta obligación debe cumplirse a través de la red de servicios de Salud, pública o privada, con cargo a los recursos de la cuenta o la subcuenta del subsidio a la oferta del Fondo Territorial de Salud.

Solicita que se excluya a la Institución de la presente acción de tutela, porque considera que la entidad responsable para el suministro de los medicamentos no incluidos en el POS-S, es la entidad territorial respectiva, con los recursos del Sistema General de Participaciones para la población pobre no cubierta con subsidios a la demanda, de conformidad con las competencias establecidas en la Ley 10 de 1990 y la Ley 715 de 2001 con fundamento en el concepto del comité técnico científico.

En consecuencia, el Ministerio considera que no es obligación de la ARS el suministro de los medicamentos que se encuentran por fuera del POS-S.

II. LOS FALLOS QUE SE REVISAN

Primera instancia

Mediante fallo del 27 de octubre de 2006, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca, concedió el amparo solicitado por el accionante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Para el Juez de primera instancia, en el caso concreto es procedente la inaplicación de las normas de seguridad social que tienden a regular los medicamentos que hacen parte del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, puesto que así lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional, para casos como el presente.

Adicionalmente, el juez de primera instancia encuentra lo siguiente: (i) la falta de medicamento amenaza los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la afectada; (ii) se trata de un medicamento que no puede ser sustituido por uno complementario que se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado; (iii) el costo del medicamento no puede ser asumido por la accionante y no puede acceder a él por otro sistema de salud; (iv) el tratamiento fue prescrito por el médico tratante de la ARS Emssanar. En consecuencia la acción de tutela debe ser concedida.

Finalmente, el juez de primera instancia manifiesta que la entrega del medicamento Botox corresponde a la ARS Emssanar, puesto que es a esa institución a la que se encuentra afiliada la accionante y no a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca.

Como consecuencia de lo anterior, ordena a la ARS Emssanar, la entrega del medicamento

Toxina Botulínica y, además, llevar a cabo todos los procedimientos que determinen los médicos especialistas y el tratamiento integral para la enfermedad que padece la accionante. Finalmente autoriza a la ARS a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-

Impugnación

El 7 de noviembre de 2006, la ARS Emssanar impugnó la sentencia del Juez Laboral del Circuito de Cali con fundamento en los siguientes argumentos:

* Solicita que se declare la nulidad de todo lo actuado, porque no se integró en debida forma el litisconsorcio necesario, y si se hubiese integrado, la competencia para el conocimiento de la acción de tutela variaría. Lo anterior, porque la ARS considera que es a la Gobernación del Valle del Cauca a la que le corresponde prestar los servicios solicitados en la acción de tutela.

* Manifiesta que con la actuación del juzgado del primera instancia se están vulnerando los derechos fundamentales de la ARS, en tanto en cuanto, como ya es costumbre de los estrados judiciales, se ha condenado a la institución al suministro de unos medicamentos que no le corresponden y, adicionalmente se ordena que se repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), que como ya es usual, no repone ni cancela las sumas invertidas por la ARS.

* Adicionalmente, no es viable la condena a la ARS, porque dentro del trámite de la tutela se ha debido vincular al Ministerio de la Protección Social, entidad a la que se encuentra adscrita la subcuenta del FOSYGA.

* La condena al FOSYGA implica un enriquecimiento sin causa del Departamento del Valle del Cauca y un correlativo empobrecimiento de parte de ese fondo.

* Es al Departamento del Valle del Cauca a quien le corresponde el suministro del medicamento formulado al accionante, puesto que se trata de un medicamento no incluido en el POS-S.

* Las normas que regulan la prestación de los servicios y medicamentos no incluidos en el

POS-S y con fundamento en las cuales es el Departamento del Valle y no la ARS Emssanar, quien debe responder por el suministro del medicamento formulado a la accionante, son: La Ley 10 de 1990 y la Ley 715 de 2001; el artículo 44 del Acuerdo 244 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Segunda instancia

Mediante fallo del 31 de enero de 2007, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, decidió revocar el fallo del a-quo porque: “no se advierte en el caso de la tutelante que exista derecho fundamental alguno violentado, pues el derecho a la salud, como tal no es fundamental y tampoco se está ante un compromiso vital o de la dignidad humana, tan cierto es ello que niquiera en la demanda se hace una aserción de esa clase”.

Para el juez de segunda instancia, “la blefaroptosis - caída del parpado -, por sí sola no hace relación con un compromiso vital, ni con la dignidad humana, lo que pierde contundencia cuando el medicamento ordenado es la toxina botulínica (sic) botox, que no tiene virtud correctiva, se insiste, de seguro de estar la situación en la esfera constitucional del derecho a la salud, sin duda alguna sobre el tópico se hubiese expresado.”

III. PRUEBAS

Obran las siguientes:

* Copia del Carné de Afiliación a la ARS Emssanar.

* Copia de comunicación del 13 de junio de 2006, remitida por la ARS Emssanar a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca en la que se manifiesta que es a esa Institución del Departamento a la que le corresponde el suministro del medicamento, previo concepto del Comité Técnico Científico.

* Copia del formato de Acompañamiento para eventos NO POS-S, en el que la ARS Emssanar remite a la accionante a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, con el fin de que se le suministre el medicamento Botox.

* Copia de la solicitud y justificación del médico tratante de prescripción del medicamento no POS-S.

* Copia de la fórmula médica por medio de la cual se receta el medicamento Botox (Toxina Botulínica)

* Copia de la historia clínica de la accionante en la que se manifiesta que la accionante padece de Blefaroptosis y padece de otras enfermedades.

* Copia de una comunicación enviada por la Gobernación del Valle del Cauca a la ARS Emssanar, del 23 de noviembre de 2005, en la que se manifiesta que de conformidad con los artículos 2, 5, 6 y 8 del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS, es necesario que, para que se pueda entregar el medicamento solicitado, se hagan las gestiones pertinentes para la realización del Comité Técnico Científico.

* Copia de una comunicación, del 2 de diciembre de 2005, en la que la ARS Emssanar le manifiesta a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, que de conformidad con el Acuerdo 306 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y en concordancia con el artículo 42 del Acuerdo 244 de 2003 del mismo Consejo, la cobertura del medicamento toxina Botulínica (Botox), corresponde al ente territorial departamental y no está sujeto a contrarreferencia para ser prescrito por médico general, pues su uso y aplicación es de exclusividad del especialista.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión es competente para decidir este asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si con la actuación de la ARS EMSSANAR se vulneran el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida de la señora María Esneda Ruiz, por negarse a suministrarle el medicamento toxina botulínica (botox), el cual fue diagnosticado

por su médico tratante con el fin de tratar la enfermedad denominada Blefaroptosis, por tratarse de un medicamento excluido del POS-S.

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, en primer lugar se establecerán los requisitos establecidos por la jurisprudencia para inaplicar las normas que excluyen medicamentos del Plan Obligatorio de Salud.

3. Prestación de los servicios de seguridad social que no se encuentran incluidos en POS subsidiado.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 162 de la Ley 100 de 1993, mientras se logra la unificación de los servicios del POS-S del régimen subsidiado, con aquellos del POS del régimen contributivo, los servicios hospitalarios de mayor complejidad deben ser prestados por los hospitales públicos del sector oficial y por los hospitales privados con los cuales se haya suscrito contrato de prestación de servicios.

En concordancia con la disposición anterior, el Decreto 806 de 1998, “por el que se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional” dispuso en su artículo 31, que para la prestación de los servicios no cubiertos por el POS Subsidiado a aquellos usuarios cuya capacidad de pago sea insuficiente para asumir dichos costos, podrán acudir a las instituciones públicas o a aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de prestarles atención de conformidad con la capacidad de oferta.

Igualmente, el artículo 49 de la ley 715 de 2001 estableció, que con el fin de garantizar la cobertura del servicio de salud a la población pobre, en lo no cubierto por los subsidios a la demandada, el sistema se nutre de recursos adicionales, a través de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones a los que se le deben restar los recursos liquidados para garantizar la financiación a la población pobre mediante subsidios a la demanda y los recursos destinados a financiar acciones de salud pública definidas como prioritarias por el Ministerio de Salud.

Adicionalmente, esa misma Ley explica, que dependiendo el grado de complejidad (baja, media o alta), del tratamiento, procedimiento o medicamento, la financiación correrá por

cuenta del Municipio, del los Distritos o de los Departamentos.

Esta garantía de prestación del servicio para la población pobre, obedece a los propósitos establecidos en la misma Ley 715 de llevar a cabo una cobertura total en salud de dicha población con cargo a los recursos del subsidio a la oferta de la entidad territorial correspondiente.

En conclusión, todos aquellos servicios y procedimientos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (es decir, lo no cubierto por los subsidios a la demanda), deberán ser cubiertos por los entes territoriales correspondientes, de conformidad con el nivel de complejidad que se evidencie en cada caso concreto, con cargo a los recursos destinados a la prestación de servicios de salud de oferta.

4. Inaplicación de las normas de exclusión establecidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POS-S. Reglas jurisprudenciales

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en otorgar el carácter de fundamental al derecho a la salud, cuando éste se encuentra en relación directa con otro derecho fundamental, como por ejemplo la vida o la dignidad humana. Sin embargo, la protección no opera de manera absoluta pues a ella se debe llegar como consecuencia de la verificación y el cumplimiento de un conjunto de reglas que han sido reconocidas por la jurisprudencia¹, y que determinan la viabilidad de la acción de tutela. Las reglas a que se ha hecho referencia, se han aplicado a los casos en los que las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) se han negado a prestar una determinada atención médica o a suministrar un determinado medicamento:

“1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado.

2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente’².

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.”³

De este modo, si el tutelante cumple con las anteriores condiciones, la jurisprudencia ha optado por dos opciones⁴ a saber:

i. Por un lado, el juez puede ordenar a la administradora del régimen subsidiado correspondiente que gestione ella misma la prestación del tratamiento, la práctica del procedimiento o el suministro de los medicamentos requeridos por el paciente, siempre y cuando se encuentre en la capacidad de realizarlo, caso en el cual se le autoriza para que repita contra la Secretaría de Salud departamental, distrital o Municipal o Distrital respectiva, (artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001).

ii. Por otra parte, el juez puede ordenar a la administradora del régimen subsidiado que coordine con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario, en vez de ordenar la gestión directa por parte de la A.R.S.

Estas dos alternativas tienen como objeto garantizar que la protección de los derechos de las personas más vulnerables pueda concretarse en una atención expedita, eficiente y oportuna que atienda a las necesidades inmediatas e inaplazables de quienes solicitan el amparo de sus derechos fundamentales por vía de tutela y demuestran la inminencia de su atención.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, se entrará, a continuación, al análisis del caso concreto.

6. El caso concreto

De un lado, la accionante solicita por vía de tutela la Secretaría de Salud Departamental del

Valle le suministre el medicamento Toxina Botulínica (Botox), medicamento que se encuentra por fuera del POS- Subsidiado, por considerar que con su ausencia, su salud corre peligro.

De otro lado, la ARS Emssanar manifiesta que le corresponde a la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca el suministro del medicamento que solicita la accionante, de conformidad con la Ley 715 de 2001, los decretos 2357 de 1995 y 806 de 1998 y el acuerdo 306 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Adicionalmente, la Secretaría de Salud del Valle del Cauca manifiesta que el suministro de ese medicamento corresponde a la ARS que se encuentre prestando los servicios de salud del régimen subsidiado a la persona accionante y además, solicita que en este caso se inapliquen las normas pertinentes para que la administradora del régimen subsidiado responda.

Finalmente, el Ministerio de la Protección Social solicita que se le excluya como sujeto pasivo de la presente acción de tutela, porque el suministro del medicamento que pide la accionante es responsabilidad de las entidades territoriales con cargo a los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones para la población no cubierta con los Subsidios a la demanda.

Con fundamento en los argumentos de una y otra parte, entra la Sala a determinar si, en el caso concreto, se cumple con los requisitos fijados por la jurisprudencia para que se pueda acceder al suministro de un medicamento que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

En primer lugar, la Sala encuentra que la ausencia del medicamento, Toxina Botulínica (Botox), que se encuentra por fuera del POS-S, amenaza la salud, vida e integridad dignidad personal de la señora María Esneda Ruiz, porque tal y como lo hace ver el médico tratante de la ARS, la paciente presenta “dolor en musculatura de hemicara izquierda y cefalea desde hace un año. El dolor es evaluado en la EUN 2/10 y se exacerba con el estrés. Presenta dificultad para elevar las cejas estando en posición bípeda y sedente, el resto presenta fuerza muscular funcional, sensibilidad normal”(folio16).

En segundo lugar, según la justificación de médico tratante (Folio 9), no existe un medicamento homólogo o alternativo dentro del POS-S que tenga los mismos efectos que la

Toxina Botulínica.

En tercer lugar, la incapacidad económica de la accionante se presume, porque de conformidad con el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud del Régimen Subsidiado, es una persona de 63 años de edad que pertenece al nivel 1 del SISBEN.

Finalmente, es necesario que el médico tratante haya formulado el medicamento que ahora se solicita. Al respecto, basta con examinar el folio 11 del expediente en donde consta la fórmula médica expedida por el médico Luis Arturo Acosta, médico neurocirujano del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo -ESE-. Igualmente, se pueden examinar los folios 9 y 10 en donde consta la solicitud y justificación del médico tratante de prescripción de medicamentos no POS-S.

Es de resaltar que en el caso concreto, el medicamento formulado por el médico tratante no tiene fines estéticos, sino que se dirige al tratamiento de la enfermedad de Blefaroptosis que padece la paciente.

Ahora, resta por examinar a quién le corresponde el suministro del medicamento solicitado por la accionante. Para el efecto, es necesario hacer referencia a las obligaciones que se han impuesto a las entidades territoriales en los casos en los servicio prescrito por el médico tratante de una ARS no se encuentre incluido en el POS-S.

Al respecto, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante Acuerdo 244 del 2003, dispuso lo siguiente:

“Artículo 42.— Mecanismos de coordinación para prestación de servicios no POSS. Con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de salud en lo concerniente a los servicios no cubiertos por el régimen subsidiado, las ARS en coordinación con las entidades territoriales, desarrollarán mecanismos que procuren la eficiente prestación de dichos servicios y para ello se podrán celebrar convenios. En todo caso la responsabilidad por la prestación de estos servicios de manera oportuna, estará a cargo de la entidad territorial respectiva, para lo cual contará con la información adecuada y oportuna que deberá suministrar la administradora de régimen subsidiado, así como el correspondiente seguimiento de la atención del afiliado.’ Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS (por medio del cual se definen la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se

dictan otras disposiciones”.

Con fundamento en lo anterior y de conformidad con lo explicado en el numeral 4 del capítulo IV de la parte considerativa de esta providencia, es a las entidades territoriales a las que les corresponde cubrir los servicios que no se encuentren incluidos en el POS-S.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en eventos en los cuales una persona afiliada al régimen subsidiado necesita de servicio excluidos del POS-S ha inaplicado las normas que determinan la responsabilidad directa de las entidades territoriales, para que sea directamente la ARS la que entre cubrirlos, con derecho a repetir contra las entidades territoriales⁵. La inaplicación de las normas se ha dado bajo el supuesto de protección de los derechos fundamentales a sujetos que, de conformidad con lo que dispone la Constitución Política, son sujetos de especial protección constitucional⁶.

Ahora, aplicando estos antecedentes jurisprudenciales al caso concreto, la Sala observa que la accionante es una persona de 63 años, que además de padecer de la enfermedad de blefaroptosis, padece de diabetes y miastenia, entre otras enfermedades, y, adicionalmente, no cuenta con capacidad económica suficiente. Todas estas circunstancias hacen evidente la grave situación de salud por la que atraviesa la accionante y, en consecuencia, la Sala estima que se le debe dar una protección especial a su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida.

Por lo anterior, la Sala considera que debe ser inaplicada la norma que ordena a las entidades territoriales cubrir los servicios que se encuentren excluidos en el POS-S (artículo 31 del Decreto 806 de 1998)⁷, y en consecuencia, ordenará que sea directamente la ARS la que entregue el medicamento y adelante los procedimientos que sean necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece la accionante, pudiendo repetir, en todo caso, contra el Departamento del Valle del Cauca por los costos en que incurra.

Finalmente, la Sala considera pertinente inaplicar la norma que tiene que ver con la recuperación de los copagos (artículo 18 del Decreto 2357 de 1995)⁸, con el fin de que la accionante no tenga que sufragar gasto alguno, dado su grave estado de salud, su evidente incapacidad económica y su edad (63 años).

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 31 de enero de 2007, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial del Cali que a su vez revocó la sentencia del 27 de octubre de 2006 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali. En su lugar, tutelar los derechos a la salud en conexidad con el derecho a la vida de la señora María Esneda Ruiz.

SEGUNDO.- INAPLICAR el artículo 31 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, por ser contrarios a los artículos 11 y 49 de la Constitución Política.

TERCERO.- ORDENAR a la ARS EMSSANAR que dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, suministre el medicamento Toxina Botulínica (Botox) a la señora María Esneda Ruiz quien se identifica con la cédula de ciudadanía 24.569603 Calarcá, Quindío, y adelante los procedimientos que sean necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece la accionante.

CUARTO.- AUTORIZAR a la ARS EMSSANAR, para que repita por el costo del medicamento ordenado, contra la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca.

QUINTO.- ORDENAR a la ARS EMSSANAR, que exonere de los copagos y las cuotas de recuperación a la señora María Esneda Ruíz, en cuanto al medicamento Toxina Botulínica (Botox).

SEXTO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1138 de 2005 y T-001 de 2006.

2 Sentencia T-406 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

3 Sentencia T-1213 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

4 Entre otras se pueden examinar las sentencias: T-053 de 2002, T-341 de 2002 y T-984 de 2003.

5 Al respecto se pueden examinar la sentencia T-452 de 2001; citada en la T-1022 de 2005

6 Al respecto se puede consultar la Sentencia T-557 de 2006.

7 Decreto 806 de 1998

“ARTICULO 31. PRESTACION DE SERVICIOS NO CUBIERTOS POR EL POS SUBSIDIADO. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes”.

8 Decreto 2357 de 1995

“Artículo 18. 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 niveles 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 POS-S, 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.”