

SU480-97

Sentencia SU-480/97

SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Sistema normativo integrado

La realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del derecho prestacional como status activo del Estado. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo. Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida. Es por ello que, para dar la orden con la cual finaliza toda acción de tutela que tenga que ver con la salud es indispensable tener en cuenta esas reglas normativas que el legislador desarrolló en la Ley 100/93, libro II

y en los decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes. Lo importante es visualizar que la unidad de los principios y las reglas globalizan e informan el sistema y esto debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela.

DERECHOS A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Efectividad y protección

El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela.

ESTADO-Obligación de prestar plan de atención básica en salud/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Prestación Plan obligatorio de salud

El Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud y las EPS, especialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.

RELACION DEL ESTADO CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Delegación para prestación del servicio público de salud/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Recaudación le pertenece

Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud.

RELACION DEL ESTADO CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Equilibrio financiero del contrato

En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Recursos tienen carácter parafiscal/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Recursos parafiscales no constituyen patrimonio

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal. Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio.

#### ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Reconocimiento de UPC

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Preceptos relativos al funcionamiento del fondo y subcuenta de solidaridad deben obedecerse

Para la efectividad del derecho a la salud es vital el funcionamiento eficiente del sistema de seguridad social, por lo tanto, los preceptos relativos al funcionamiento del fondo de Solidaridad deben obedecerse y por ello todas las EPS sin excepción, deben cumplir las funciones previstas en adicionalmente, el sistema también se encuentra alterado actualmente, en lo que específicamente corresponde a la subcuenta de solidaridad. En 1997, según la ley 344 de 1996, se disminuyó dicha contribución a medio punto y pese a la disminución, tampoco se ha efectuado el aporte. Estas omisiones afectan TODO el sistema porque:-Los usuarios no reciben trato adecuado-Los médicos y las IPS no reciben cumplidamente lo que se les adeuda -Los médicos no reciben honorarios justos.-Eso deviene en trato injusto para las EPS porque a ellas sí se les exige que cumplan, mientras el propio

Estado incumple.

Los agentes que participan en el sistema son perjudicados por la alteración del equilibrio, luego para la efectiva protección de sus derechos (y en especial de los pacientes que instauraron las tutelas) habrá que dar órdenes tendientes a lograr y mantener el equilibrio debido, y, además, si el ISS ha incumplido, este aspecto no será extraño en el tema de si se puede o no repetir contra el Estado.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de suministrar tratamiento y medicamentos a enfermos de sida

Cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se debe dar el medicamento necesario. En extensa argumentación, en la T-271 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) se indicó que si no se cumplía con el tratamiento se afectaba el derecho a la vida y la salud. Ha sido reiterada la jurisprudencia que ordena que se suministre a los enfermos del sida los antiretrovirales que el médico tratante indique. Y, en general, cuando está de por medio la vida, se tiene que cumplir con el tratamiento señalado. Esta última disposición conlleva, entre otras, esta conclusión obvia: que sólo se pueden recetar medicamentos que tengan registro sanitario en Colombia, con presentación genérica, a menos que sólo existan los de marca registrada.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro medicamentos señalado por médico tratante aunque no figure en lista

El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, siempre y cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente. Cuando lo recetado en las anteriores condiciones no figura en la lista de medicamentos que el Ministro de Salud o la Entidad correspondiente elabora, de todas maneras la entidad afiliadora lo debe proporcionar.

RELACION DEL PACIENTE CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Entrega de medicinas aunque no esté en listado oficial señalado por médico facultativo/DERECHO A LA VIDA-Suministro de medicamentos no contenido en listado oficial

La relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado. Es que no se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido. Obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga recetada es poner en peligro la vida del enfermo. Ni se puede ordenarle directamente al Estado la entrega de un medicamento cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que, se repite, estando de por medio la vida, tiene el deber de entregar lo recetado. Esa celeridad para la prestación obedece, en el caso del sida, a que éste aparece dentro del plan de atención básica de salud.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repeticón contra el Estado por medicamentos que no figuren en listado

Como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, de la ley 100 de 1993 la incluye dentro del plan de atención básico. Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de "promoción de la salud". Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Retardo en cotizaciones por empleador

Las EPS prestan el servicio de salud a sus afiliados y beneficiarios que coticen, respetándose las reglas de períodos mínimos de cotización. Como se trata de un servicio público, adquiere particular relevancia el principio de la continuidad. Pueden surgir problemas cuando, generalmente por culpa patronal, hay retardo en las cotizaciones por un tiempo que no sobrepasa los seis meses (evento en el cual se pierde la antigüedad), en tal situación no se puede decir que el usuario queda retirado del servicio. La EPS puede reclamar al patrono incumplido no sólo las cuotas debidas sino la inversión hecha cuando estaba en mora. Se aclara que cuando la mora es culpa de un trabajador independiente que directamente cotiza, éste pierde derecho a la atención durante la mora, salvo que esté dentro de los parámetros del régimen subsidiado.

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Autonomía del enfermo para aceptar medicamentos

Previo consentimiento informado, si en enfermedades catastróficas como el sida, o en otras, siempre y cuando esté de por medio la vida, se recetan medicamentos esenciales, genéricos a menos que solo existan de marca registrada, el enfermo es autónomo para aceptarlos o no, y si los acepta, tiene derecho a la entrega de la droga por la EPS, con la condición de que sea recetada por el médico tratante.

Referencia: Expedientes T-119714, T-120933, T-124414, T-123145, T-120042, T-123132, T-122891.

Accionantes: N.N.

Procedencia: Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Y otros despachos.

Temas:

El Derecho a la vida y a la salud

Sistema general de seguridad social en salud (preexistencias, medicamentos, EPS)

Equilibrio financiero entre las prestaciones de la seguridad social de salud

Relaciones médico-paciente-EPS

Relación entre el Estado y las entidades y personas encargadas de la seguridad social.

Ingreso al sistema

Parafiscalidad de las contribuciones al sistema de salud.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Antonio Barrera Carbonell e integrada por Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de las tutelas T-1119714, 120933, 124414, 123145, 120042, 123132, 122891 instauradas por enfermos del SIDA, la primera contra la entidad promotora "Salud Colmena" y las demás contra el Instituto de Seguros Sociales.

La Sala de Selección decidió acumular los expedientes T-123145, T-120042, T-120933, T-123145, T-124414 y T-122891 al expediente T-119714, por cuanto los expedientes presentan una coincidencia en los hechos narrados y el derecho principal cuya protección se busca con la presentación de las acciones de tutela. Se definió por la Sala Plena que el pronunciamiento se tomaría en Sala de Unificación.

Se mantendrán en reserva los nombres de los solicitantes, por solicitud de ellos y haber razón para hacerlo.

## I.- ANTECEDENTES

1.1.1. Quienes dirigen la acción contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, T-124414, T-120042, T-122891, T-120933, T-123145, 123132, centran su petición en el suministro de inhibidores de proteasa , en la cantidad y periodicidad que se requiera, ya que sirven para mejorar la calidad de vida, la cantidad de vida, la capacidad biológica. Se afirma en algunas de las solicitudes que “el médico tratante dijo que era necesario que comenzara el tratamiento con inhibidores de proteasa”; sin embargo, en la T-122891 no hay constancia de ello (la tutela no prosperó); en la T-123132 hay constancia de que NO se recetó, pero la tutela prosperó; en la T- 124414, que tampoco prosperó, no hubo receta, ni la paciente a nombre de ella y su pequeño hijo acudieron al ISS demandando los antiretrovirales, por eso dice el coordinador del programa FTS/VHI/SIDA de la clínica San Pedro Claver, “no aparece ordenado por el médico tratante inhibidores de proteasa”; en la T-123145, tampoco los ordenó el médico y la tutela no prosperó. Pero, por el contrario, hay constancia en otros expedientes de que el médico tratante si los ordenó: en la T-120933, por eso la tutela prosperó en primera instancia, sentencia del 22 de noviembre de 1996 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero no en segunda instancia. En la T-120042 también prosperó.

En efecto, un grupo de portadores del virus y sus familiares, conformaron el grupo llamado Club de la Alegría, que desde hace unos años venía reuniéndose en un auditorio de la Clínica San Pedro Claver, con el propósito de intercambiar conocimientos, experiencias, fijar pautas para cómo vivir mejor y contribuir a mitigar el impacto de la enfermedad. Por esta especie de terapia de grupo, el club llegó a contar con 150 personas. Ocurre que se obstaculizó y luego se prohibió que se hiciera uso de las dependencias de la clínica para las reuniones. A partir de esta situación, el grupo se ha venido desintegrando, dada la dificultad para hallar otro sitio de reunión, lo cual afecta, según los solicitantes, su derecho de asociación y una faceta muy importante para superar la enfermedad : terapia a través de la comunicación. Dice uno de los afectados, que la prohibición se debió a que recibieron una conferencia de alguien vinculado con laboratorios ABBOT, quien les había hablado de algún medicamento y que “en el Seguro Social creían que personas de dicho laboratorio nos estaban impulsando a colocar

las tutelas exigiendo los inhibidores de proteasa”. En respaldo de la anterior petición aparece un concepto del Ministerio de Salud, programa nacional de prevención y control de las enfermedades de transmisión sexual y sida, según el cual “Los grupos de autoapoyo han tenido vital importancia dentro de lo que se considera la estrategia mundial contra el sida”.

1.2. A su vez, un usuario de Salud Colmena, en la T-119714, inició la acción pidiendo que se le dieran los antiretrovirales indicados por el médico tratante (zidovudina y zalcitavina). En el capítulo de declaraciones habla de otros remedios, pero centró la acción en lo necesario que es para su salud que se le entreguen aquellos medicamentos, no aportados por la E. P. S. Según el Director nacional de servicios médicos suplementarios de Salud Colmena, esos dos antiretrovirales no figuran (hoy ya figuran) en el listado de medicamentos esenciales y terapéuticos del plan obligatorio de salud, según el decreto 1938 de 5 de agosto de 1994. Esta respuesta, dirigida al usuario, tiene fecha 4 de octubre de 1996.

El problema práctico radica, pues, en la negativa a dar dichos medicamentos por no aparecer en el manual autorizado por el Ministerio de Salud, lo cual afecta, en sentir del accionante, el derecho a la vida, a la igualdad y a la dignidad.

Por su parte, Salud Colmena, entre muchos argumentos, resalta que la prestación de los servicios de seguridad social en salud, en materia de cobertura, condiciones y eficiencia, depende de las políticas globales del Estado fijadas en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y si hay medicamentos que no están incluidos en dicho plan, la tutela no ha debido dirigirse contra los entes administradores sino contra los entes gubernamentales.

Antes que todo, es necesario aclarar que en el Acuerdo 53 del 13 de febrero de 1997, el Ministerio de Salud incluyó nuevos medicamentos en el listado para el tratamiento de la infección por VIH-SIDA : didanosina, indinavir, lamivudina, pentamidina, ritonavir, trimetoprim, zidovudina. Entre ellos están el ritonavir y el indinavir, que según se ha indicado a la Corte son dos inhibidores de proteasa; y la zidovudina que es uno de los dos antiretrovirales señalados expresamente en la solicitud de tutela contra COLMENA.

## DETERMINACIONES JUDICIALES

Diferentes posiciones asumieron los jueces de tutela, tanto en primera como en segunda instancia, respecto a las acciones individualmente consideradas.

## 2. El caso contra Salud Colmena

2.1 En lo que tiene que ver con la tutela interpuesta contra SALUD COLMENA, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Civil, profirió decisión el 29 de octubre de 1996 concediendo la tutela y ordenándole a la EPS el suministro al paciente de “los antiretrovirales y demás medicamentos que para el tratamiento de su enfermedad le han sido prescritos por el médico tratante de esa entidad”.

Impugnó el fallo el Presidente de Salud Colmena EPS, quien reconoce que se debe proteger al paciente, pero plantea que el costo de medicamentos que no figuren en el listado oficial debe ser cubiertos por el Estado y no por la EPS, en virtud de la buena fé. Y que de todas maneras, a dicha entidad particular le asiste:

“el derecho para repetir contra el Estado por el costo de los medicamentos que eventualmente deberá seguir suministrando al accionante”.

2.2.1 La Corte Suprema de Justicia, el 12 de diciembre de 1996, modificó en parte el fallo, porque si bien es cierto confirmó la protección que se le debe dar al paciente, suministrándosele por Salud Colmena los medicamentos indicados, adicionó con el derecho de parte de Colmena “a los reembolsos económicos correspondientes por ese suministro, reembolsos que efectuará el Estado -Ministerio de Salud- a través del Fondo correspondiente, dentro del término de 45 días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente”.

2.2.2. No obstante que lo decidido era una respuesta favorable al reembolso económico planteado por la EPS, y que en escrito dirigido a la Corte Constitucional por el presidente de SALUD COLMENA se pide la confirmación del fallo de la Corte Suprema de Justicia, en otros escritos se pone en tela de juicio la inclusión que se hizo en 1997 de otros medicamentos en el listado del Plan Obligatorio de Salud y se objeta una sentencia de la Corte Suprema, que no es objeto de la presente revisión.

## 3. En cuanto a las tutelas dirigidas contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Pero, respecto a la entrega de medicamentos, según ya se dijo, las posiciones judiciales son disímiles :

3.1. No se concedió la tutela :

T- 124414. Sentencia de primera instancia del 26 de noviembre de 1996, Juzgado 12 de Familia de Santafé de Bogotá, no concede la tutela; decisión de segunda instancia, del 10 de febrero del presente año, de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirma la anterior.

T-122891. Sentencia de primera instancia de 22 de noviembre de 1996, Juzgado 40 Civil Municipal no prospera la acción; decisión de segunda instancia del 22 de enero del presente año del Juzgado 24 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, confirmando.

T-123145. Sentencia de primera instancia de 20 de noviembre de 1996, de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que no concedió; decisión de segunda instancia, de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 24 de enero del presenta año, que confirmó, aunque hizo esta salvedad en la parte motiva :

“La Corte encuentra que sería razonable revocar el fallo y conceder la tutela para que el accionado procediera a hacer una evaluación científica, con participación del médico tratante, a efectos de determinar la viabilidad de continuar el tratamiento con los inhibidores de proteasa. Empero, la providencia impugnada se sostendrá en atención a que ISS procedió a la prescripción y suministro de los medicamentos aludidos, tal como se deduce de la copia informal alegada en el curso de la impugnación, desapareciendo así los motivos que originaron esta queja”.

3.2. Se concedió la tutela :

T-120042. Se le ordenó al ISS que “previos los exámenes de salud requeridos por la ciencia y la técnica médica, a suministrar al paciente-accionante los inhibidores de proteasa requeridos dada su condición de salud actual y salvo concepto médico justificable y contrario del médico tratante”, fallo de 29 de noviembre de 1996 de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

T-123132. El 18 de noviembre de 1996, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, ordenó que “se practique el examen de carga viral, pruebas de función hepática y renal, a efectos de determinar si procede o no la administración de inhibidores de

proteasa, en la cantidad y periodicidad que determine el médico tratante”. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, el 24 de enero de 1997, confirmó.

### 3.3. Concedida en primera instancia pero no en segunda instancia

T-120933. El 22 de noviembre de 1996, la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó “suministrar al accionante la integridad del tratamiento prescrito para combatir el virus del VIH/SIDA que lo afecta”. Pero, en segunda instancia fue REVOCADA por el Consejo de Estado, el 13 de diciembre de 1996.

### 1. Impacto económico del medicamento recetado pero que no figura en lista

El quid planteado por las entidades prestatarias del servicio no es si se suministra o no el medicamento que recete el médico (cuestión que ha sido aceptada por la EPS cuando el usuario se encuentra al día en sus pagos y está de por medio la vida), el tema central es quién debe financiar los medicamentos relacionados con enfermedades catastróficas, como el sida, cuando dichos medicamentos no se encuentran en los listados aprobados por el gobierno.

Lo que se plantea, en últimas, es si el deber constitucional del Estado puede quedar suplido por la vía de la autofinanciación de las EPS, o si, por el contrario, dado que hay unas EPS que compensan, es decir, que buena parte de lo que reciben del usuario (todo lo que sobrepase mensualmente a las \$14.582,00 por afiliado y \$14.582,00 adicionales por cada beneficiario), va directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía, y, entonces, esas EPS podrían exigir el reembolso de los medicamentos entregados al paciente y que no aparecen en el listado, en cuyo caso el Consejo de Seguridad Nacional a través de la Subcuenta de compensación cubriría el reembolso, o, a falta de recursos de la subcuenta se haría por el rubro permitido en los presupuestos nacionales de “pago de sentencias”, mientras el Consejo Nacional de Seguridad Social autoriza los traslados presupuestales correspondientes.

Se alega por esas EPS que, como ellas compensan al citado Fondo, no estarían obligadas a entregar medicamentos que no figuran en lista, por fórmulas de médicos que generalmente no expresan las razones científicas para recetar la droga excluida del listado, en un instante

en que, según las EPS, el sistema de salud entra en crisis porque los presupuestos macroeconómicos sobre los que se soportaba la autofinanciación se derrumbaron (aumentó el desempleo, es bajo el crecimiento de salarios, hay evasión en las cotizaciones, y, especialmente, el desequilibrio entre los costos por la inflación y el crecimiento de la UPC es palpable). La existencia de la crisis llevó al Presidente del gremio ACEMI, a hacer el llamado que aparece en el expediente:

“Debemos lograr que todos asuman su verdadera responsabilidad: los usuarios, para que cancelen las prestaciones y medicamentos no incluidos en el POS, siempre que tengan capacidad de pago para ello, igualmente para que no evada; los médicos para que en forma racional receten dentro del POS y solo por razones científicas comprobadas lo hagan por fuera del POS y en tal caso realicen la gestión ética ante el Consejo Nacional de Seguridad, para que si es del caso se modifique bien el listado de medicamentos o bien el listado de procedimientos y se busque la financiación; las EPS para que en definitiva, aunque un medicamento o procedimiento no esté dentro del POS lo suministren si está de por medio la vida del paciente con el consecuente derecho al reembolso; de las EPS públicas, como el ISS, para que compensen; de las IPS públicas para que acaten la disposición del Gobierno en materia de tarifas; el Estado para que si el usuario no tiene capacidad de pago y está en mora o está al día pero el medicamento o el procedimiento no está contemplado en los decretos respectivos que limitan el Plan, efectúe el reembolso en respeto a unas claras reglas de juego a sabiendas de que legalmente el Fondo de Solidaridad tiene capacidad legal con autorización del Consejo para hacer estos pagos.”

El tema del desequilibrio del sistema y el alto costo del tratamiento del SIDA está patente en el expediente y dentro de los numerosos elementos de juicio vale la pena destacar:

#### 4.1. Cálculo de costo del tratamiento de antiretrovirales según el Ministerio de Salud

“En el contexto mundial se vienen desarrollando investigaciones aceleradas en relación al tratamiento del paciente infectado con el virus de la inmunodeficiencia humana adquirida (HIV +), desde hace algún tiempo se dispone en el mercado de los medicamentos antiretrovirales inhibidores de transcriptasas y de proteasa que en diversos estudios han demostrado un efecto terapéutico disminuyendo la carga viral del paciente con SIDA, habiéndose encontrado una relación directa entre esta carga viral y la presentación de

sintomatología relacionada con la enfermedad. Este efecto presenta desde el punto de vista medico un gran desarrollo para el paciente ya que disminuye la progresión de la enfermedad y mejora su calidad de vida.

Según el archivo maestro de información del Ministerio de Salud, en Colombia se encontraba una prevalencia de la enfermedad de al rededor de 17.000 pacientes para el año de 1996 entre infectados (HIV+) asintomáticos y pacientes con el síndrome de (SIDA) como tal. La mortalidad atribuible durante el año de 1996 es de 3.000 pacientes y se espera que para el presente año se diagnostiquen alrededor de 1.000 pacientes más lo que nos daría un total de 15.000 pacientes con HIV+/SIDA para toda la población colombiana (37.407.188 de habitantes).

#### “ Costo promedio de tratamiento

Para calcular una demanda y el costo promedio del tratamiento con antiretrovirales a los pacientes infectados con el virus VIH en el Régimen Contributivo, se partió de los supuestos siguientes:

a. El protocolo de tratamiento a usar es el recomendado por los expertos reunidos en el taller convocado por el Ministerio de Salud, programa nacional de prevención y control de ETS-SIDA en Octubre 2 de 1996. Dicho protocolo contiene tres medicamentos en todos los esquemas: Dos inhibidores de la Transcriptasa y un inhibidor de la Proteasa. Por consiguiente se adopta que el esquema tipo o esquema básico es el de un triconjugado para todos los pacientes infectados por VIH, sintomáticos y asintomáticos.

a. La Comisión Técnica Asesora de Medicamentos, en sesión del 23 de enero de 1997 recomendó la inclusión de antiretrovirales en el listado de medicamentos del POS a saber: Como inhibidores de Transcriptasa a la Zidovudina, La Didanosina y la Lamivudina y como inhibidores de Proteasa al Indinavir y al Ritonavir, con los cuales se pueden construir hasta seis opciones de tratamiento triconjugado, siendo la más recomendada por el programa SIDA la combinación de Zidovudina, Lamivudina e Indinavir.

a. En vista de la existencia de cuatro o más fuentes de información respecto a los precios de estos medicamentos se construyó escenarios con tres de ellas: la Asociación Colombiana de Enfermos de Cáncer (ACEC), el ISS y el Fondo Nacional de Medicamentos de Alto Impacto Social. Un cuarto escenario se proyectó con los precios mas bajos del mercado combinando la información de las fuentes aludidas.

ALTERNATIVA DE COSTO

PROTOCOLO

ACEC

No se conoce el dto.

ISS

Con dto. comercial

Fondo Nacional

No se conoce el dto.

Combinación

Varias fuentes

TRICONJUGADO/Mes

784.000

740.000

673.500

TRICONJUGADO/año

9.408.000

8.884.800

8.082.000

7.245.600

“ Costo promedio percápita

a. Para el cálculo del costo percápita se construyó un escenario par la población total de afiliados al régimen Contributivo, de acuerdo con la información suministrada por el Programa Nacional de Prevención y Control de ETS-SIDA, el Programa SIDA del ISS y los datos

de afiliación del Régimen Contributivo reportados al Ministerio de Salud – Subdirección del EPS.

a. Seguidamente se diseñó un escenario con el costo de la hospitalización de los pacientes que desarrollaron SIDA, utilizando datos ISS -Seccional Valle, que reporta en promedio dos (2) hospitalizaciones al año por paciente con SIDA y a un costo estimado promedio por hospitalización de \$8.500.000,00 para el año de 1996 y que en el presente análisis se ajusto en el 21% para el año de 1997.

a. Finalmente se calcula el costo per cápita del tratamiento con antiretrovirales usando el menor costo /año usando los diferentes precios del mercado con sus respectivos descuentos a escala.

a. Al comparar los costos percápita de los cuadros III (tres) y IV (cuatro) encontramos una diferencia entre los costos de hospitalización y los costos del tratamiento anti-retroviral siendo estos últimos inferiores a los primeros en \$1.175.95.

“Demanda efectiva de pacientes HIV (+) en el régimen contributivo 1997.

(Cuadro II)

TOTAL COLOMBIA

EPSs

ISS

TOTAL CONTRIBUTIVO

POBLACION

37,600,000

3,671,759

9.319,654

12,991,413

HIV (+) REGISTRADOS

15,439

1,508

4,877

6,385

HIV (+) SINTOMATICOS

7.546

737

2,975

3,712

“Costo del tratamiento hospitalario en el régimen contributivo 1997

(Cuadro III)

SINTOMATICOS (SIDA)

Nº

pacientes

Costo por hospitalización

Total Costo/año

Costo Percápita

ISS

2,975

\$10,341,937

61,534,527,551

\$6,602.66

OTRAS EPS

\$10,341,937

15,241,756,687

\$4,151,08

TOTAL

3,712

76,776,284,239

\$5,909.77

“Costo del tratamiento anti-retroviral en el régimen contributivo 1997

(Cuadro IV)

PACIENTES HIV (+)

Nº pacientes

Costo anual/paciente

Total

Costo/año

Costo

Percápita

ISS

4,877

7,245,600

35,336,791,200

\$ 3,791,64

OTRAS EPS

1,508

7,245,600

10,923,953,557

\$2,975,13

TOTAL

6,385

7,245,600

46,260,744,757

\$4,560,87

\* "Conclusiones

\* El uso de los antiretrovirales en el tratamiento del VIH/SIDA está claramente reconocido por los expertos tal como se puede verificar en la bibliografía actualizada sobre el tema, pues disminuye la progresión desde el punto de vista clínico.

\* Disminuye la carga viral, lo cual se relaciona directamente con la aparición de los síntomas, la aparición de las complicaciones y de la sintomatología que hacen parte integral del síndrome como tal.

\* Mejora la calidad de vida de los infectados."

1. Explicación del Ministerio de Salud sobre financiación

Para el aspecto operativo de financiación de los medicamentos que no aparecen en listado, la Ministro Salud hizo esta aclaración:

“... no pueden ser financiados con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, pues cada una de las subcuenta tiene por ley una destinación especial, de la siguiente manera:

\* Subcuenta de Solidaridad. Los recursos de esta subcuenta tienen por objeto permitir la afiliación de la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud, a través de la cofinanciación de los subsidios correspondientes (UPC).

\* La subcuenta de promoción tiene por objeto financiar las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, de acuerdo con las prioridades que al efecto defina el Consejo Nacional de Seguridad en Salud.

\* La subcuenta de compensación tiene por objeto permitir la operación de la compensación en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad en Salud. Se entiende por operación de compensación el procedimiento mediante el cual se descuenta de las cotizaciones recaudadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los recursos que el sistema reconoce a las entidades promotoras de salud para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y además beneficiarios del sistema.

\* La subcuenta de seguros de riesgos catastróficos y accidentales de tránsito tiene como objeto garantizar la atención integral a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, eventos terroristas y catastróficos. Se destaca que estos eventos catastróficos no incluyen las enfermedades de

alto costo o catastróficas. En consecuencia, no pueden destinarse recursos del Fondo para atacar la sentencia en mención.

No sobra recordar que tanto los recursos destinados a la seguridad social como en general, los recursos destinados a financiar la salud como servicio público a cargo del Estado son limitados. El destinar una buena parte de ellos a sufragar los gastos de una sola persona conlleva a la violación de los artículos 11, 13 y 49 de la Constitución Política, porque va en detrimento de la colectividad. Los recursos se verían rápidamente agotados en la cobertura de un mínimo de afiliados, con lo cual no se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Por todo lo anterior, ratificamos que las Empresas Promotoras de Salud, están obligadas a prestar atención a sus afiliados y a garantizar el tratamiento, lo que incluye los medicamentos que el paciente requiera, cuyo costo debe ser asumido a través del reaseguro que deben adquirir las EPS con la parte de la UPC correspondiente, que es la que garantiza la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo.” (subrayas fuera de texto).

Además, el Ministerio de Salud presentó numerosas razones para justificar la adición al listado de remedios hecho en febrero de 1997.

## 1. Explicación del Ministerio de Hacienda

A su vez, el Ministerio de Hacienda, en comunicación dirigida a la Corte dice que existen tres elementos que determinan el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

“Contenidos del Plan Obligatorio de Salud. Este plan garantiza a los afiliados al sistema un paquete integral de servicios (promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y medicamentos, aceptados por la ciencia médica a nivel mundial, que cumplan con los criterios de eficacia comprobada para resolver o mejorar las condiciones generadas por la enfermedad y de seguridad para no colocar en peligro la vida y la integridad de los pacientes).

Este plan responde a todos los problemas de salud sin ningún tipo de discriminaciones por edad ni género y respeta los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad exigidos por la Constitución Política y desarrollados por la Ley 100 de 1993.

Es bueno aclarar que si bien con estos contenidos se responde a todos los problemas de salud, existen limitantes de tipo legal y financiero, que hicieron necesario la selección de aquellos procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos que conjugan elementos de mayor eficacia y menor costo para el conjunto de la población. De esta manera se garantiza, con unos recursos limitados, el acceso de la totalidad de la población afiliada, a los servicios de salud.

El Plan Obligatorio tiene entonces restricciones, pues los recursos del sistema no son ilimitados y debe garantizarse el principio de equidad, que permite a todas las personas acceder a los mismos servicios, independientes de su capacidad de pago.

Unidad de Pago por Capitación. UPC es el valor que reconoce el sistema por cada afiliado a manera de prima de aseguramiento, es diferencial y varía de acuerdo con la edad. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definió en los acuerdos un promedio nacional, sobre el cual se realiza el incremento anual. Esto implica que el valor ponderado variará para cada EPS dependiendo de las edades de su población afiliada.

\* Tarifas que cobran las instituciones prestadoras de servicios de salud por la atención del POS, tema del cual se habló anteriormente.

A manera de conclusión es importante llamar la atención sobre el hecho de que no solamente las tarifas tiene impacto sobre el costo del POS, éste se ve influenciado por la definición de contenidos. La búsqueda de nuevas tecnologías, el surgimiento de medicamentos de reconocida y comprobada eficacia y el comportamiento de la demanda de servicios que realicen los afiliados, afectan de todas maneras el costo del POS, y deben ser tenidos en cuenta para no ir a romper el equilibrio financiero del Sistema actual, ni la sostenibilidad del mismo en el mediano y largo plazo.

#### 4.4. Opinión de la EPS

El criterio aparece en numerosos escritos que obran en el expediente. Es digno de resaltar lo que se dice sobre la adecuación de la UPC:

“2º El aumento de la UPC en el sector salud, respondió a la simple aplicación del artículo 172 parágrafo segundo de la Ley 100 de 1993 a cuyo tenor: “El valor de pagos compartidos y de la Unidad de Pago por Capitación UPC, serán revisados por lo menos una vez al año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal. En caso que no se haya revisado la UPC al comenzar el año, ésta se ajustará en forma automática en una proporción igual al incremento porcentual del salario mínimo aprobado por el Gobierno Nacional del año inmediatamente anterior”.

Como es de esa Corporación conocido, el incremento del salario mínimo para el año 1997 fue del 21.02. En este sentido y considerando que la UPC no fue revisada durante el año 1996 se llegó a la aplicación forzosa y automática de la ley 100 en el artículo referido, vale decir incrementar la UPC en el mismo porcentaje en que se incrementó el salario mínimo para el año 1997. Este procedimiento es LA SEGUNDA VEZ QUE SE SURTE ANTE LA MISMA HIPOTESIS DE REVISION DE LA UPC en el año que corresponde.”

En opinión de la EPS, no se ha mantenido el equilibrio del sistema.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### A. Competencia

Es competente esta Sala Plena de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución en armonía con los artículos 33, 35, y 42 del Decreto No. 2591 de 1991. Además, su examen se hace por virtud de la selección que de dichas acciones practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación y de la determinación de proferir sentencia de unificación.

### A. Temas principales a tratar

Para definir los puntos específicos que motivaron la presentación de las tutelas (si se pueden

recetar o no medicamentos que no figuran en el listado oficial y, en el evento de hacerse, si las EPS pueden posteriormente repetir contra el Estado), es indispensable hacer una somera descripción, informativa y global sobre la situación jurídica del derecho a la salud en Colombia, dentro del contexto de un Estado social de derecho; ello obliga a describir los rasgos de nuestro sistema de seguridad social, los derechos y obligaciones que de él surgen. Luego se analizará la relación que debe existir entre el Estado y las entidades de la seguridad social en salud, entre el paciente y el Estado entre el paciente y el médico y entre el paciente y la EPS. En otro capítulo se recordará la jurisprudencia constitucional que protege al paciente en general, y, especialmente a ese paciente de sida a quien el propio médico de la EPS le receta antiretrovirales, que no figuran o no figuraban en listas proferidas por el Ministerio de Salud. Y, al final se verá si los obstáculos puestos en la clínica de los Seguros a las reuniones de los grupos de autoapoyo de enfermos del sida alcanzan a ser violatorios o no de derechos fundamentales.

## 1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos 48, 49, 11, 366 de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del derecho prestacional como status activo del Estado. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo.

Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida. Es por ello que, para dar la orden con la cual finaliza toda acción de tutela que tenga que ver con la salud es indispensable tener en cuenta esas reglas normativas que el legislador desarrolló en la Ley 100/93, libro II (art. 152 s.)<sup>1</sup> y en los decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes. Lo importante es visualizar que la unidad de los principios y las reglas globalizan e informan el sistema y esto debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela.

## 2. CUÁNDO LA SALUD ES DERECHO FUNDAMENTAL

Según la jurisprudencia, el derecho a la salud es tutelable en su condición de derecho derivado de la vida<sup>2</sup>. No es un Derecho fundamental autónomo. Frente a ese derecho, surge, en principio, el correlativo deber del Estado de “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad” (art. 49 C.P.) Estos tres principios también están reseñados en el artículo 48 de la Constitución que establece el mecanismo instrumental para que el derecho a la salud sea una realidad, ese instrumento es la SEGURIDAD SOCIAL como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable para todos los habitantes de Colombia<sup>3</sup>.

Consecuencialmente, la seguridad social se torna derecho fundamental, cuando se trata de proteger la vida en razón de que existen para las personas los DERECHOS A ALGO y dentro de éstos se ubica el derecho a la seguridad social, porque ello contribuye a defender la vida, de ahí que pertenezca a los llamados DERECHOS PRESTACIONALES.

“El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.<sup>4</sup>”

Es decir, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela.

La Corte Constitucional<sup>5</sup>, al tratar este tema señaló las premisas del servicio público de seguridad social en salud:

“Los objetivos del sistema de seguridad social en salud se concretan en la necesidad de regular la prestación de este servicio público esencial, creando las condiciones para su acceso de toda la población en los diferentes niveles de atención (L.100/93, art. 152).

Estos propósitos responden a los planteamientos programáticos formulados por el Constituyente de 1991, en cuanto consagran la responsabilidad del Estado en la atención de la salud como un derecho irrenunciable a la seguridad social en su condición de servicio público de carácter obligatorio (art. 49)”.

Debe haber, pues, una correlación entre el derecho constitucional y la obligación del Estado para prestarlo.

## 1. OBLIGACION DEL ESTADO

La Ley 100 de 1993, artículo 154, señala que una de las facetas de la intervención del Estado es la de establecer la atención básica en salud, que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria disposición que se compagina con aquella parte del artículo 49 de la Constitución que dice: “La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”. Para ello se fijan en el artículo 156 de la ley las características básicas del sistema y el artículo 165 ibídem precisa el concepto así:

“Artículo 165. Atención Básica. El Ministerio de Salud definirá un plan de atención básica que complemente las acciones previstas en el Plano Obligatorio de Salud de esta Ley y las acciones de saneamiento ambiental. Este plan estará constituido por aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria.

La prestación del plan de atención será gratuita y obligatoria. La financiación de este plan

será garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos de los entes territoriales.” (subrayas fuera de texto).

#### 4. TRASLADO DE LA OBLIGACIÓN A LOS PARTICULARES

Dentro de la organización del sistema general de seguridad social en salud, la Constitución, artículos 48 y 49, y la ley 100 de 1993, permiten la existencia de las Entidades Promotoras de salud, de carácter privado, que prestan el servicio según delegación que el Estado hace.

“Artículo 177. Ley 100. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley.”

Y el artículo 179 establece:

“Artículo 179. Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

Esa delegación, conforme lo señala el artículo, es para prestar el plan obligatorio de salud (POS) que incluye la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación

genérica (art. 11 decreto 1938 de 1994). Y el mismo decreto en su artículo 3º, literal b-) dice que este derecho es para los afiliados al régimen contributivo y la obligación le corresponde a las EPS.

#### 4.1. Planes

El decreto reglamentario 1938 de 1994, artículo 3º, dice cuáles son esos planes:

“Artículo 3º. De los tipos de planes. Los servicios y reconocimiento del plan de Beneficios están organizados en seis subconjuntos o planes de atención en salud que son los siguientes:

a. Plan de atención Básica en Salud. P.A.B. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como: acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz sobre las personas en patologías y riesgos con altas externalidades o sobre las comunidades en el caso de enfermedades endémicas y epidémicas. Del P.A.B. se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nación.

b. Plan obligatorio de Salud. P.O.S. es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimiento económicos al que tiene derecho en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema. Sus contenidos están definidos en el presente decreto y su forma de prestación normalizada y regulada por los manuales de procedimiento y guías de atención integral que expida el Ministerio de Salud.

c. Plan obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. P.O.S.S. Es una categoría transitoria que identifica conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud. Durante el período 1994-2001 este Plan se ampliará progresivamente hasta igualar

los contenidos del POS. El contenido del Plan Subsidiado y su forma de prestación estará regida por el decreto reglamentario del régimen de subsidios y por los mismos manuales de procedimientos y guías de atención integral a que hace referencia el literal b) del presente artículo. Plan subsidiado ofrecerá también transitoriamente cobertura integral a la maternidad y durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, program que se denominará el programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.

d. Planes de Atención Complementaria en Salud P.A.C.S. Son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantiza la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.S o por las entidades que sin convertirse en E.P.S. deseen hacerlo, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para las empresas de medicina prepagada.

e. Atención de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional A.T.E.P. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la atención en salud derivada o requerida en eventos de Accidentes de Trabajo y enfermedad Profesional a través de las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales. La atención en salud para los eventos derivados de este riesgo serán prestados por la E.P.S.S a la que se encuentre afiliado al trabajador, la que repetirá contra la Entidad Administradora en la forma y condiciones establecidas en el decreto reglamentario 1295 de Junio de 1994. Las incapacidades, indemnización y demás reconocimientos económicos correrán a cargo de la entidad administradora del seguro de A.T.E.P.

f. Atención de Accidentes de Tránsito y eventos Catastróficos. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, garantiza a todos los habitantes de territorio nacional la atención en salud derivada de accidentes de tránsito con base en las normas que rigen el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al FONSAT según sea el caso. Además garantiza el pago a las I.P.S. por atención en salud a las personas, derivadas de catástrofes naturales, actos

terroristas con bombas y otros artefactos explosivos y otros eventos aprobados por el consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; y el pago de las indemnizaciones de acuerdo con su reglamento. Los beneficios requeridos y no cubiertos por el SOAT-FONSAT correrán a cargo de la E.P.S. correspondiente, si están incluidos en el POS o en un Plan Complementario de Salud que haya adquirido el afiliado. Sin embargo, no podrá disfrutarse al mismo tiempo y por la misma causa el reconocimiento de indemnización e incapacidad.”

El sistema de seguridad social en salud cuenta entonces con dos regímenes diferentes mediante los cuales se puede acceder al servicio y que tienen que ver con las posibilidades y requisitos de afiliación y su financiamiento: El régimen contributivo, al que pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias; y el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país.

El decreto 1938 de 1994, señaló el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el sistema debe brindar a las personas, lo cual, a su vez se logra, mediante seis sub-conjuntos o planes definidos teniendo en cuenta la forma de participación de los afiliados y que da lugar al plan de atención básica en salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, a los planes de atención complementaria en salud, a la atención en accidentes de trabajo y enfermedad profesional y a la atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos, como surge del artículo 3º del decreto 1938 de 1994, que forma una unidad normativa con el artículo 4º que contiene un glosario de definiciones, con el artículo 5º que señala el contenido del plan, fijando para el caso concreto del sida “actividades de prevención, detención precoz, control y vigilancia epidemiológica”, con el 11 que se refiere a la atención integral del POS y con el 15 que contiene una subregla de exclusiones y limitaciones del plan que debe ver aplicada en cuanto no atente contra la Constitución, en caso contrario cabe la excepción de inconstitucionalidad como se verá en el curso de esta sentencia al examinarse el literal g-) del artículo en mención (15 del decreto 1938/94)6.

En conclusión: el Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud y las EPS, especialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.

Esos planes incluyen una cobertura familiar (art. 163 Ley 100) para la cónyuge o compañera

permanente, los hijos menores de 18 del núcleo familiar que dependen económicamente o aquellos que tengan menos de 25 años que dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge o compañero e hijos con derechos la cobertura puede extenderse a los padres del afiliado no pensionado que dependan económicamente.

En el Contributivo están: Personas vinculadas a través del contrato de trabajo; los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Y en el Subsidiado: Los que por motivo de incapacidad de pago para cubrir el monto total en la cotización que son subsidiados por el sistema general.

## 5. UNA DE LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES: EL TRATAMIENTO

El literal 11 del artículo 4º del decreto 1938 de 1994 define el tratamiento como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo”. Y esta es una de las principales obligaciones de los planes.

Como en el presente fallo hay que analizar el caso específico de los enfermos del SIDA, hay que acudir a la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud:

Artículo 17. Tratamiento para enfermedades ruinosas o catastróficas. Para efectos del presente Manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo-efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo.

Se incluyen los siguientes:

- a. Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.
- b. Diálisis para insuficiencia renal crónica, transplante renal, de corazón, de médula ósea y de córnea.

- c. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
- e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas.
- f. Tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor.
- g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.
- h. Reemplazos articulares.

PARAGRAFO. Los tratamientos descritos serán cubiertos por algún mecanismo de aseguramiento y estarán sujetos a períodos mínimos de cotización exceptuando la atención inicial y estabilización del paciente urgente, y su manejo deberá ceñirse a las Guías de Atención Integral definidas para ello. (subraya fuera del texto).

Que el sida es una enfermedad catastrófica lo precisa la Resolución 5261 de 1994:

Artículo 117. Patologías de tipo catastrófico. Son patologías CATASTROFICAS aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguientes procedimientos:

- Transporte renal
- Diálisis
- Neurocirugía, sistema nervioso
- Cirugía cardiaca
- Reemplazos articulares
- Manejo del gran quemado
- Manejo del trauma mayor

-Manejo de pacientes infectados por VIH

-Quimioterapia y radioterapia para el cáncer

-Manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos

-Tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas” (subraya fuera de texto)

## 6. AFILIACION AL SISTEMA PARA TENER DERECHO AL TRATAMIENTO

Particular importancia para los casos materia del presente fallo tiene la afiliación al P.O.S. Hay que decir que el afiliado lo es al sistema y no a una determinada EPS. Su cotización es al sistema, esto tiene implicaciones en el factor temporal de afiliación en cuanto a los derechos que se tienen. Según el tiempo de cotización, ya que hay que unos períodos mínimos que influyen en la prestación de los servicios como lo indica el artículo 26 del decreto 1938 de 1994:

“Artículo 26. De los períodos mínimos de cotización. Los criterios para definir los períodos mínimos de cotización al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:

Grupo 1. Máximo cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud.

Grupo 2. Máximo cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos MAPIPOS, como el grupo ocho (8) o superiores.

PARAGRAFO 1º Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera a las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de salud, prevención de la enfermedad, que se haga en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también el tratamiento inicial y la estabilización del paciente en caso de una urgencia.

PARAGRAFO 2º Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización por alguna

enfermedad presente al momento de la afiliación desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.

PARAGRAFO 3º Cuando se suspende la cotización al sistema por seis meses continuos, se pierde el derecho a la antigüedad acumulada para efectos de los dispuesto en el presente decreto.” (Subraya fuera de texto).

La hipótesis prevista por el párrafo 2 debe entenderse en el sentido que el trabajador afiliado debe afrontar el valor en las semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos en las enfermedades de alto costo.

Tratándose del sida, como es una enfermedad ubicada dentro del nivel IV, el tratamiento que el usuario le puede exigir a la EPS está supeditado a las 100 semanas mínimas de cotización. Sin embargo, si no ha llegado a tal límite, el enfermo de sida no queda desprotegido porque tiene 3 opciones:

- a. Si está de por medio la vida, y no tiene dinero para acogerse a la opción del párrafo 2º del artículo 26 del decreto 1938/94, la EPS lo debe tratar y la EPS podrá repetir contra el Estado, como se explicará posteriormente en esta sentencia.
- b. Se puede acoger al mencionado párrafo 2º del artículo 26 del decreto 1938/94.
- c. Podrá exigirle directamente al Estado el plan de atención básico.

Otro aspecto temporal es el siguiente:

Para la contabilización de las cotizaciones se debe tener en cuenta que no se pierda la antigüedad por interrupción superior a los 6 meses; lo que cotice a una EPS se acumula a lo que hubiere cotizado con anterioridad a otra EPS (artículo 164, Ley 100 de 1993). Para efectos de la preexistencia, esta determinación guarda relación con el principio de movilidad (el cotizante es libre de trasladarse de una EPS a otra). El Decreto 1070 de 1995 en sus artículos 1 y 2 regulan el tema de la libre escogencia:

“Artículo 1º.- Las personas que continúan con la misma afiliación vigente a 31 de diciembre de 1994 en una Institución de Seguridad Social, sin que hayan solicitado traslado a una Entidad Promotora de Salud, podrán realizar este traslado en cualquier tiempo.

PARAGRAFO.- Aquellas que se afilien o trasladen a un Entidad Promotora de Salud a partir del 1º de enero de 1995, sólo podrán trasladarse a otra Entidad Promotora de Salud, cuando hayan transcurrido por lo menos doce (12) meses, contados a partir de la fecha de la respectiva afiliación o traslado, previa solicitud presentada por el afiliado con no menos de treinta (30) días calendario de anticipación a la nueva Entidad. El traslado se hará efectivo a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que se cumpla dicho término. Copia de esta solicitud deberá ser entregada por el afiliado al empleador.

La Entidad Promotora de Salud a la cual se traslada el afiliado, deberá notificar a la anterior Entidad en la forma y con los requisitos que establezca la Superintendencia Nacional de Salud.

Artículo 2º- Las afiliaciones y traslados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud son de cobertura familiar, por lo tanto todos los miembros que componen el grupo familiar deberán estar afiliados a una misma Entidad Promotora de Salud. Sin embargo, cuando se presenten las excepciones previstas en el Decreto 1485 de 1994, la Entidad deberá efectuar convenio con otras Entidades Promotoras de Salud o Prestadores de Servicios de Salud.

PARAGRAGO.- En los traslados y para efectos de determinar la aplicación de períodos mínimos de cotización, se deberá considerar todas aquellas semanas efectivamente pagadas a las Instituciones de Seguridad Social y Entidades Promotoras de Salud a las cuales hubiere estado afiliado, lo cual deberá ser solicitado por la nueva Entidad Promotora de Salud e informado por el afiliado mediante la indicación del nombre de dichas entidades. Las Entidades Promotoras de Salud podrán verificar esta información en cualquier tiempo.”

Vista la ubicación dentro del sistema, se pasa a desarrollar otros temas:

## 7. RELACION ESTADO-EPS

Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de

un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud (art. 366 C.P.).

Dentro de la organización del sistema en Colombia, se ha reconocido a cada EPS una Unidad de Pago por Capitación (U.P.C.).

El sistema está diseñado básicamente sobre la recepción de aportes por parte de las EPS, de acuerdo con la llamada: UPC, cuyo valor será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Se entiende por UPC un valor per cápita establecido en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería (artículo 182 de la ley 100 de 1993). Actualmente, en 1997, el valor señalado a la UPC es de \$14.582,00.

En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes. No constituye un “seguro del co-contratante” contra déficits de la explotación, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes.<sup>7</sup>

Para Marienhoff, la ecuación o equilibrio financiero del contrato es el “medio por el que ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevistas, posteriores sobrevinientes a la

celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del co-contratante, que determina la obligación del estado de asistirlo para que pueda así cumplir o seguir cumpliendo el contrato.”

Ese equilibrio hace parte de la relación Estado-EPS. Pero hay otro punto:

### 7.1. Recursos del sistema

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto.

Los afiliados al régimen contributivo deben cotizar mediante aportes que hará el patrono 8% y el trabajador 4% o sea, que el sistema recibe el 12% del salario del

trabajador (Art. 204 Ley 100).

La seguridad social prestada por las E.P.S. tiene su soporte en la TOTALIDAD de los ingresos de su régimen contributivo.

Por consiguiente, forman parte de él:

a) Las cotizaciones obligatorias de los afiliados, con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

b) También, ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, (artículo 27 del decreto 1938 de 1994) las tarifas, las bonificaciones de los usuarios.

a. Además los aportes del presupuesto nacional.

Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.

Como es sabido, los recursos parafiscales “son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa”<sup>8</sup>, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las

cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Por eso, en la sentencia C-179/97, Magistrado Ponente Fabio Morón, se dijo:

“Tenía soporte, entonces, en el régimen anterior este tipo de contribuciones y bajo el imperio de la Carta de 1991, no cabe duda acerca de que los fondos de pensiones, los organismos oficiales que tienen como función el reconocimiento y pago de pensiones y las E.P.S., públicas y privadas, que reciben cuotas de las empresas y de los trabajadores, administran recursos parafiscales. Por lo tanto, en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función.”

Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. (Como es el caso del estatuto general de contratación, art. 218 de la ley 100 de 1993). Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio; el artículo 182 de la ley 100 de 1993 ordena:

“ART. 182.- De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por

capitación -UPC-. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de salud.

PAR. 1º.- Las entidades promotoras de salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema de cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.”

Por cuanto son ordenados por la Ley, es necesario agregar: .

## 7.2. Ubicación de los recursos

Las entidades promotoras de salud reciben una unidad, UPC, por cada beneficiario, como ya se explicó. El resto va al Fondo de solidaridad y garantía. (art. 219 Ley 100 de 1993)9.

Se supone que las mayores cotizantes al mencionado fondo son las EPS, sin exclusión. Pero ocurre que sólo están compensando las EPS particulares.

La explicación de la no compensación integral al Fondo de Solidaridad por parte de cajas, fondos o entidades del sector público que se transformaron en EPS, tuvo como explicación la necesidad de esas entidades de obtener información adecuada en cuanto a los ingresos y afiliaciones, lo cual se requiere para un correcto trazado para manejar separadamente los fondos provenientes del recaudo de las cotizaciones, y otros aportes. Por supuesto que la falta de información crea confusión y afecta el sistema, impide una caracterización real del mismo, es explicable el retardo en la información porque se trata del paso de atención del afiliado a la atención a la cobertura familiar, pero eso tiene su límite y, dentro de lo razonable tendrá que ser el presente año no puede ir más allá del 31 de octubre de 1997 dado que este fallo no alcanza a ser notificado sino en dicho mes. Limite que coincide con el plazo no mayor a 4 años, contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como lo señaló el decreto 1890 de 1995, artículo 4º.

En conclusión, para la efectividad del derecho a la salud es vital el funcionamiento eficiente del sistema de seguridad social, por lo tanto, los preceptos relativos al funcionamiento del fondo de Solidaridad deben obedecerse y por ello todas las EPS sin excepción, deben cumplir

las funciones previstas en el numeral 5º del artículo 178 de la ley 100 de 1993.

Adicionalmente, el sistema también se encuentra alterado actualmente, en lo que específicamente corresponde a la SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD por lo siguiente:

Ocurre que el artículo 221 de la ley 100 de 1993 indica que para la financiación de la SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD (base fundamental del sistema) en los años de 1994, 1995 y 1996, el Estado debía destinar del presupuesto nacional por lo menos el equivalente a “un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo” (art. 221 ley 100 de 1993) y el Estado NO lo ha hecho.

En 1997, según la ley 344 de 1996, se disminuyó dicha contribución a medio punto y pese a la disminución, tampoco se ha efectuado el aporte. Estas omisiones afectan TODO el sistema porque:

-Los médicos y las IPS no reciben cumplidamente lo que se les adeuda

-Los médicos no reciben honorarios justos.

-Eso deviene en trato injusto para las EPS porque a ellas sí se les exige que cumplan, mientras el propio Estado incumple.

Es decir, los agentes que participan en el sistema son perjudicados por la alteración del equilibrio, luego para la efectiva protección de sus derechos (y en especial de los pacientes que instauraron las tutelas) habrá que dar órdenes tendientes a lograr y mantener el equilibrio debido, y, además, si el ISS ha incumplido, este aspecto no será extraño en el tema de si se puede o no repetir contra el Estado.

## 8. RELACIONES PACIENTE - E.P.S.-ESTADO

Cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se debe dar el medicamento necesario.

La Corte ha ordenado que se dé, en su totalidad, el tratamiento que el médico señale al paciente afectado por el SIDA. En extensa argumentación, en la T-271 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) se indicó que si no se cumplía con el tratamiento se afectaba el

derecho a la vida y la salud.

“Como quedó consignado en otro aparte de esta providencia, la infección con el Virus de Inmunodeficiencia Humana coloca a quien la padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que el virus ataca el sistema de defensas del organismo dejándolo desprotegido frente a cualquier afección que, finalmente, causa la muerte.”

Ha sido reiterada la jurisprudencia que ordena que se suministre a los enfermos del sida los antiretrovirales que el médico tratante indique. Y, en general, cuando está de por medio la vida, dijo expresamente la sentencia T-224 de 5 de mayo de 1997, se tiene que cumplir con el tratamiento señalado (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz).

No sobra recordar que la Corte ha indicado que curar no es solamente derrotar la enfermedad, puede ser aliviarla, mitigar el dolor, aumentar las expectativas de vida. El enfermo no está abocado a abandonarse a la fatalidad, desechando cualquier tratamiento, por considerarlo inútil ante la certeza de un inexorable desenlace final; todo lo contrario, tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, si así lo desea, porque la vida es un acontecer dinámico, para disfrutarla de principio a fin; de manera que el hombre tiene derecho a que se la respeten las fases que le resten para completar su ciclo vital.

Los medicamentos señalados por el médico tratante, deben ser los esenciales, con presentación genérica a menos que solo existan los de marca registrada. (artículo 23 del decreto 1938/94).

A lo anterior hay que agregar, por venir al caso en las acciones que motivan este fallo, otra norma de la ley 23 sobre la exigencia de no privar de asistencia al enfermo “incurable”:

“artículo 17.- La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente.

Una de las etapas en el tratamiento es la de recetar medicamentos, la citada ley indica:

“artículo 33.- Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”.

Esta última disposición conlleva, entre otras, esta conclusión obvia: que sólo se pueden recetar medicamentos que tengan registro sanitario en Colombia, con presentación genérica, a menos que sólo existan los de marca registrada.

Además, este aspecto lo desarrolla la Resolución del Ministerio de Salud 5261 de 1994 que contempla el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del P.O.S.; artículo 13, "formulación y despacho de medicamentos," donde, entre otras cosas, se indica que "La receta deberá incluir el nombre del medicamento en su presentación genérica".

Todas esas reglas se recogen en el decreto 1938 de 1994. Precisamente el artículo 23, parágrafo 4º de ese decreto, se refiere a la prescripción de medicamentos, y allí se dice que debe hacerse por escrito, por el personal de salud debidamente autorizado, lo cual excluye la entrega de remedios por auto-medicación, y sólo se permite que quien recete sea "personal profesional autorizado para su prescripción."

Los medicamentos incluidos en el listado oficial deben entregarse por la EPS; y si está de por medio la vida del paciente no importa que no estén en listado, luego se inaplica el literal g- del artículo 15 del decreto 1938 de 1994<sup>10</sup>.

El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, siempre y cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente.

Cuando lo recetado en las anteriores condiciones no figura en la lista de medicamentos que el Ministro de Salud o la Entidad correspondiente elabora, de todas maneras la entidad afiliadora lo debe proporcionar; como se dijo en el fallo T-271/95:

"La Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo

el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, “una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance ” (Sentencia T-067 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo). Esa obligación es más exigente y seria en atención al lugar que corresponde al objeto de protección en el sistema de valores que la Constitución consagra, y la vida humana, tal como se anotó, es un valor supremo del ordenamiento jurídico colombiano y el punto de partida de todos los derechos. En la sentencia T-165 de 1995 la Corte expuso: “Siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial mediante lesión o amenaza inminente y grave el Estado Social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable . Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona que es el fin del derecho “. (M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).”

Quiere decir lo anterior que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado. Es que no se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido. Obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga recetada es poner en peligro la vida del enfermo. Ni se puede ordenarle directamente al Estado la entrega de un medicamento cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que, se repite, estando de por medio la vida, tiene el deber de entregar lo recetado. Esa celeridad para la prestación obedece, en el caso del sida, a que éste aparece dentro del plan de atención básica de salud.

En la T-125/97 reiterándose jurisprudencia, se consideró que la negativa a entregar medicamentos no incluidos en el listado oficial puede vulnerar los derechos a la vida y, es deber de las EPS atender la salud y conservar la vida del paciente, de lo contrario,

desconocen sus deberes.

El usuario que tiene su derecho a la prestación puede oponer este derecho a la EPS a la cual esté afiliado para que tal entidad encargada de la prestación del servicio le de el contenido del derecho que además tiene esta característica.

## 9. PUEDEN LAS EPS REPETIR CONTRA EL ESTADO POR ESOS MEDICAMENTOS QUE NO FIGURAN EN LISTADO?

Las EPS alegan que la entrega del medicamento no listado escapa al pacto autorizado por el Estado para que se le preste el servicio de salud a determinada persona; indican que en tal caso se puede repetir contra entidad oficial; invocan como argumento de equidad, la desvalorización de las UPC; a su vez, el Ministerio de Hacienda replica que el sistema no sólo lo conforman las UPC, sino que, adicionalmente, las EPS reciben tarifas y copagos; es decir, el equilibrio financiero giraría al rededor de lo que realmente reciben las EPS. Se examinará el tema:

“Parágrafo. Para los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo, las acciones individuales de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de enfermedades sujetas a vigilancia epidemiológica, tales como Sida, enfermedades de transmisión sexual, tuberculosis, lepra, cólera, enfermedades tropicales como la malaria, leishamianiasis y dengue, serán responsabilidad de la E.P.S. y se financiarán con cargo a la Unidad de Pago por Capitación.” (subrayas fuera de texto).

O sea, la norma involucra dentro de la UPC el tratamiento del sida:

“Artículo 38.- Del aseguramiento para el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas: para garantizar la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo, definidas como catastróficas o ruinosas en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, deberá establecer algún mecanismo de aseguramiento.

Parágrafo1º. Se clasifican como tratamiento para enfermedades catastróficas de alto costo en su manejo las que se señalan expresamente a continuación. El Ministerio de Salud podrá ampliar o reducir este listado.

- a. Tratamiento con quimioterapia y radioterapia para el cáncer;
- b. Trasplante de órganos y tratamiento con diálisis para la insuficiencia renal crónica;
- c. Tratamiento para el Sida y sus complicaciones;
- d. Tratamiento médico-quirúrgico para el paciente con trauma mayor;
- e. Tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos por más de cinco días;
- f. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central;
- g. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito;
- h. Reemplazos articulares.

Parágrafo 2º. El Gobierno Nacional definirá la forma y condiciones para la operación del fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas.

Parágrafo 3º. El fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas cubrirá el valor de la atención para cada una de las patologías descritas con un tope máximo por evento año. Los gastos que superen este valor serán cubiertos por el usuario, lo que podrá hacerse como una modalidad de planes complementarios. Todo lo anterior se hará de la forma como lo regule el Gobierno Nacional.” (subrayas fuera de texto).

Y, estos dos artículos (5º y 38) forman un todo armónico con el 3º del mismo decreto, ya antes transcrito.

Pero, como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, el artículo 165 de la ley 100 de 1993 (transcrito anteriormente) la incluye dentro del plan de atención básico. Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el

principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de “promoción de la salud” (art. 222 de la ley 100 de 1993). Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.

Las EPS formulan esta otra objeción: que antes y después del nuevo listado el entorno del sistema ha sido el mismo (incremento automático de la U.P.C., existencia de las mismas normas en materia de reaseguro) y que, la ampliación del listado no es justa. Si las EPS le formulan objeciones a esa norma, es a través de la jurisdicción contencioso-administrativa como se definiría la legalidad o ilegalidad de lo fijado en el acto administrativo; por medio de esa jurisdicción se analizará si hubo razón o no para un listado nuevo. Los derechos fundamentales no pueden ser desprotegidos por una discusión sobre legalidad de un Acto Administrativo. Como el acuerdo 53 de 1997 adicionó lo contenido en el decreto 1938 de 1994, respecto al listado de medicamentos el acuerdo es perfectamente aplicable, mientras no se declare ilegal; por eso, la argumentación sostenida por la entidad promotora de salud no es aceptable para la tutela. Los principios constitucionales consagrados en la Carta de 1991 buscan garantizar la atención de salud, así como el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. La expedición del Acuerdo en mención por el Consejo de Seguridad Social busca darle directo cumplimiento y pleno desarrollo a la Constitución, en cuanto a la protección a la salud; de otra parte resulta muy claro que el artículo 172 numeral 5 de la Ley 100 de 1993 consagra la facultad en cabeza del Consejo de Seguridad Social para expedir el Acuerdo. En tal sentido la norma prescribe que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:

“Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del plan obligatorio de Salud.”

Por lo tanto no puede aducirse como argumento por parte de la entidad promotora de salud una “excepción de ilegalidad”; por supuesto que este aspecto de legalidad es definible por la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante acción, pero no puede serlo por la vía de la excepción, en la tutela.

## 10. LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD

Las EPS prestan el servicio de salud a sus afiliados y beneficiarios que coticen, respetándose las reglas de períodos mínimos de cotización. Como se trata de un servicio público, adquiere particular relevancia el principio de la continuidad. Pueden surgir problemas cuando, generalmente por culpa patronal, hay retardo en las cotizaciones por un tiempo que no sobrepasa los seis meses (evento en el cual se pierde la antigüedad), en tal situación no se puede decir que el usuario queda retirado del servicio. En la C-179/97 se dijo:

“En armonía con los postulados expuestos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley.

Esos criterios jurisprudenciales son aplicables al examen de constitucionalidad que ahora realiza la Corporación. No sería justo ni jurídico hacer recaer sobre el trabajador de una empresa de aviación civil que se abstuvo de efectuar los pertinentes aportes las consecuencias de ese incumplimiento, más aún cuando los trabajadores, con apoyo en su buena fe, confiaron en que una vez reunidos los requisitos de ley accederían a la pensión a cargo de Caxdac.<sup>11</sup>”

Esa prevalencia de la buena fe, está también reseñada en la T-059/97:

“Si además, el beneficiario no es el encargado de hacer los descuentos para pagar a la entidad prestataria de salud, queda cobijado por la teoría de la apariencia o creencia de estar obrando conforme a derecho: ‘error communis facit ius’<sup>12</sup>”.

“Si, además, se tiene en cuenta, de un lado, la urgencia del tratamiento médico y, de otro, el hecho de que la demandante carece de los recursos económicos para asumir el costo de lo que le pueda corresponder para el tratamiento y los medicamentos que exige su caso, es claro que debe exonerársele del pago señalado en los reglamentos, por sus condiciones de pobreza si se tienen en cuenta los exiguos ingresos que recibe. En sus condiciones de

enfermedad y dentro de las limitaciones propias de esta circunstancia, el salario de la demandante resulta insuficiente para subvenir cualquier gasto adicional y más aún, el que demanda el pago adicional para acceder a los referidos servicios de seguridad social en salud. 13“

Por supuesto que la EPS no queda desprotegida si el comportamiento omisivo es patronal. La Corte, en sentencia con autoridad de cosa juzgada, C-179/97, dijo que la entidad patronal “en su carácter de retenedora y administradora de unos recursos públicos” tiene las acciones legales ejecutivas pertinentes. Es decir, la EPS puede reclamar al patrono incumplido no sólo las cuotas debidas sino la inversión hecha cuando estaba en mora. Se aclara que cuando la mora es culpa de un trabajador independiente que directamente cotiza, éste pierde derecho a la atención durante la mora, salvo que esté dentro de los parámetros del régimen subsidiado.

## 11. RELACION PACIENTE-MEDICO

El paciente tiene autonomía para aceptar o no el tratamiento que el médico tratante señale, teniéndose en cuenta el consentimiento informado.

En la sentencia T-477/95 se explicó qué se entiende por consentimiento informado, posición jurisprudencial acogida por la Corporación y que en la sentencia aludida (M.P. Alejandro Martínez Caballero) tuvo este desarrollo:

“Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios.

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACION 14 es una prestación de servicios<sup>15</sup> que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el CONSENTIMIENTO, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; se ha afirmado que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional “paternalista” del médico, mientras que la doctrina anglo-norteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la aceptación del usuario, criterio que tiene su antecedente remoto en el

propósito de John Locke de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad, señalando como cualidades primarias las inseparables del cuerpo (entre ellos la "figura") diciendo que en las alteraciones que el cuerpo sufre, esas cualidades se mantienen como son. Este fundamento propio del empirismo-materialista ha ganado terreno en el tema que nos ocupa: el consentimiento del paciente; y este criterio también fue absorbido por el materialismo francés, de ahí que el "consentiment eclaire" o consentimiento aclarado brota del manantial teórico del SANO SENTIDO COMUN (bon sens) propio de Locke.

En segundo término en cuanto a la autonomía, en la sentencia T-271/95 también se dijo:

"Ahora bien, no es extraño al juicio de esta Sala que, en situaciones como la presente, el principio de la autonomía personal, del que es trasunto el derecho consagrado en el artículo 16 superior, tiene una especial aplicación, no sólo porque a falta de vida el ejercicio de dicha autonomía sería imposible, sino también porque en desarrollo de su facultad de autodeterminación se garantiza a la persona el poder para tomar, sin injerencias extrañas o indebidas, las decisiones acerca de los asuntos que le conciernen, lo que adquiere especial significación en materias relativas a la salud y a la vida individual. La Corte, en otra oportunidad, protegió la determinación de rehusar un tratamiento no deseado, al denegar una acción de tutela tendiente a obligar a quien padecía una enfermedad grave a aceptar la actuación de los médicos (Sentencia T-493 de 1993. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell), y, en un pronunciamiento posterior, señaló que "cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud " (Sentencia C-221de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). Siendo ello así, en principio es lógico concluir que a quien, en ejercicio de su autonomía, expresa su voluntad de someterse a un tratamiento paliativo, que cree favorable, deba respetársele su opción del mismo modo que se respeta la del sujeto que se opone a ser tratado, con la diferencia de que en un caso basta la abstención y en el otro se exige la actuación positiva encaminada a salvaguardar la salud y la vida."

Surge, entonces, esta otra conclusión: Previo consentimiento informado, si en enfermedades catastróficas como el sida, o en otras, siempre y cuando esté de por medio la vida, se recetan medicamentos esenciales, genéricos a menos que solo existan de marca registrada,

el enfermo es autónomo para aceptarlos o no, y si los acepta, tiene derecho a la entrega de la droga por la EPS, con la condición de que sea recetada por el médico tratante.

Queda así definido que al paciente afectado por el sida SI se le puede recetar por el médico tratante medicamentos que no figuran en el listado oficial y que la EPS debe entregarlos.

## 11. TEMA DE LOS GRUPOS DE AUTOAPOYO

La importancia de estos grupos, en el tratamiento del SIDA, genéricamente es reconocida. Lo prudente es no obstaculizar el funcionamiento de las asociaciones comunitarias conformadas por los portadores del SIDA y sus familiares. Si el tema se plantea bajo el aspecto de terapia, es indispensable que haya prueba de que el funcionamiento de los grupos no afecta la terapia sino que la complementa, porque el juez de tutela no puede dar una orden de tratamiento no señalada por los galenos que orientan la curación del paciente. Es decir, para los efectos constitucionales de la presente tutela, lo que interesa es la garantía del “acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (art. 49 C.P.). Si, adicionalmente, el propio Estado reglamenta esta situación expidiendo la regla que optimiza el derecho al darle importancia a la “consejería”, optimización surge del decreto 1543 de 1997 como se verá en el capítulo siguiente, entonces, se concluirá que a partir de esa regla no se podrán obstaculizar el funcionamiento de agrupaciones en las cuales participan enfermos del sida y sus familiares que buscan realizar actividades que los confrontan frente a lo que la norma llama consejería.

### A. CASOS CONCRETOS EN LAS TUTELAS QUE SE ESTUDIAN

1. Visto que el Club de la amistad es un grupo de autoapoyo que permite una condición de vida menos dura para los portadores del Sida, y que el ISS rompió la costumbre de las reuniones que en la clínica San Pedro Claver dichas personas efectuaban, se concluye que a partir del decreto 1543 del 12 de junio de 1997 se debe permitir la continuación de dichas reuniones; agregándose que serán los médicos quienes opinarán previamente si ese grupo de apoyo contribuye a la terapia de los pacientes que instauraron la tutela y si ello es así el ISS viabilizará la actividad ocupacional para facilitar las reuniones dentro de la definición técnica que el artículo 2º del decreto 1543 de 1997 le da a la expresión CONSEJERIA:

“Conjunto de actividades realizadas para preparar y confrontar a la persona con relación a sus conocimientos, sus prácticas y conductas antes y después de la realización de las pruebas diagnósticos...”.

2. En cuanto a la solicitud de dar medicamentos recetados por el médico tratante, estando de por medio la vida del paciente, así la droga no figure o no haya figurado en el listado oficial, se reiterará la jurisprudencia de ordenar mediante tutela que se cumpla con la determinación médica de entregar un medicamento esencial en presentación genérica a menos que solo sea producida con marca específica. Por supuesto que si no hay orden médica, sino simplemente se trata de un deseo del paciente, la tutela no puede prosperar.

Como el 13 de febrero de 1997, se adicionó el listado de medicamentos para ser suministrados a los enfermos del sida, entonces, con mayor razón debe entregárseles los antiretrovirales que en el nuevo listado figuran y en este aspecto la orden debe ser terminante.

Respecto al derecho a repetir que tendrán las EPS que han dado los retrovirales hay que distinguir: el I.S.S. no podrá exigirle al Estado que el Fondo de Solidaridad y garantía salga el equivalente a la droga que no aparece en el listado, porque el I.S.S. ha incumplido en alto grado lo que totalmente debe aportar al Fondo (“*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”), pero, por el contrario, SALUD COLMENA si puede repetir contra el Estado por haber dado medicamentos que en el instante de entregarlos al paciente no figuraba en el listado oficial, como ya se explicó. Queda así ratificado un punto jurisprudencial contenido en la T-114 de este año, con la adición ya explicada de la importancia de las semanas cotizadas.

Al mismo tiempo, se darán órdenes y llamados a prevención para que se mantenga del equilibrio financiero del sistema, pues, de lo contrario, lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, no serían derechos-realidad.

Es por ello que se le ordenará al ISS que compense lo debido, siendo razonable que principie a hacerlo al finalizar el próximo mes, lo cual significa que la fecha que se fijará será la del 31 de octubre; no es materia de esta tutela determinar qué pasa con lo anteriormente debido, serán otras vías las adecuadas. En cuanto al aporte que el Estado debe pagar a la subcuenta de solidaridad, según ya se explicó al analizar el artículo 221 de la ley 100 de 1993, y la ley

344 de 1996, tal destinación del presupuesto nacional la debe hacer el Ministerio de Hacienda a la mayor brevedad porque la omisión altera el equilibrio del sistema.

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 29 de noviembre de 1996, en cuanto concedió la tutela, ordenándose al ISS el suministro de inhibidores de protesa (T-120422), que el médico tratante indicó y según lo dicho en este fallo respecto al mínimo de cotizaciones.

Segundo.- REVOCASE la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 13 de diciembre de 1996 que no concedió la tutela dentro del expediente T-120933 y en su lugar se confirma la decisión del 22 de noviembre de 1996 de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó al ISS suministrar al accionante el tratamiento prescrito para combatir el virus del VIH/SIDA que lo afecta, teniendo en cuenta lo dicho en este fallo sobre semanas cotizadas.

Cuarto.- Se REVOCA la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, del 24 de enero de 1997, y, consecuentemente la decisión de primera instancia del 18 de noviembre de 1996, del Tribunal Superior del Distrito de Santafé de Bogotá, que concedieron la tutela, ya que no existe orden del médico tratante recetando antiretrovirales a la persona que instauró la T-123132.

Quinto.- CONFIRMAR la decisión de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 24 de enero de 1997 y consecuentemente de la primera instancia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito de Santafé de Bogotá del 20 de noviembre de 1996, en cuanto no concedieron la tutela, pero, porque no hubo orden del médico tratante recetando los medicamentos pedidos por la persona en la T-123145.

Sexto.- CONFIRMAR la sentencia de 10 de febrero de 1996 de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito de Santafé de Bogotá, y la de primera instancia del 26 de noviembre de 1996 del Juzgado 12 de Familia de la misma ciudad, en cuanto negaron en la T-124414 la

pretensión de ordenar antiretrovirales que aún no habían sido recetados al paciente por el médico tratante.

Séptimo.- CONFIRMASE la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 12 de diciembre de 1996 en la T-119714 que modificó la de primera instancia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y en consecuencia se concede la tutela, ordenándosele a SALUD COLMENA, EPS, que suministre al accionante los antiretrovirales y demás medicamentos que el médico tratante le formuló; se confirma la determinación según la cual hay derecho de parte de COLMENA a los reembolsos económicos correspondientes a los medicamentos suministrados, de acuerdo a las consideraciones hechas en el presente fallo de revisión; y se tendrá en cuenta lo del mínimo de semanas cotizadas expresado en la parte motiva de este fallo.

Octavo.- Se hace un LLAMADO A PREVENCION al Instituto de Seguros Sociales y a Salud Colmena, para que suministren los medicamentos esenciales en presentación genérica, a menos que solo existan con marca registrada, señalados por el médico tratante de la EPS, aunque aquellos no estén dentro de los listados que el Gobierno expide, siempre y cuando esté de por medio la vida del paciente y teniendo en cuenta las semanas cotizadas.

Noveno.- SE HACE UN LLAMADO A PREVENCION al Consejo Nacional de Seguridad Social para que la UPC refleje un valor real del costo del servicio para que no se altere el equilibrio financiero del cocontratante.

Decimo.- Se ORDENA al Instituto de los Seguros Sociales que antes del 31 de octubre de 1997, mediante las medidas pertinentes, compense al Fondo de Solidaridad y Garantía, si aún no lo han hecho, todo lo que corresponda según se indicó en la parte motiva de este fallo.

Undécimo.- Se ORDENA al Ministerio de Hacienda que se entreguen la sumas debidas a la subcuenta de Solidaridad, como lo ordena la Ley 100 de 1993, artículo 221, y la ley 344 de 1996.

Duodécimo.- Se REVOCAN las decisiones tomadas dentro de las tutelas: T-122891, T-123132, T-120042, en lo referente a no conceder la tutela a integrantes del Club de la Alegría que pedían que la Clínica San Pedro Claver les habilitara una de sus dependencias para reunión, y

en su lugar se CONCEDE la pretensión, ORDENANDOSE al ISS que facilite las reuniones del Club de la Alegría conforme venían haciéndolo y según lo expresado en la parte motiva del presente fallo.

Décimo Tercero.- Por Secretaría se librarán las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Décimo Cuarto.- Se mantendrán en reserva los nombres de los solicitantes.

Notifíquese, Comuníquese, Publíquese e Insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Envíese copia a los Ministros de Trabajo y Seguridad Social, Salud, Hacienda y Crédito Público y al Superintendente de Salud.

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

1 La Ley 100/93, se desarrolló, hasta la fecha mediante 218 decretos reglamentarios, 20 resoluciones, 59 acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en salud; y se integra, además, con el Acto Legislativo N°1 de 1995 (que adiciona el artículo 357 de la C.P.), con la Ley 269 de 1996 (que regula el artículo 128 de la C.P., en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público); con la ley 344 de 1991 sobre racionalidad del gasto. Y la Ley 10 de 1990.

2 Ver sentencia N° T-271/95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

4 SU- 111/97, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Sentencia T-114/97, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

6 La Corte en numerosas oportunidades se ha referido a la excepción de inconstitucionalidad, por ejemplo en : C-434/92, C-479/92, T-401/92, T-421/92, T-422/92, T-425/92, T-468/92, T-490/92, T-576/92, T-582/92, T-612/92, T-614/92 (salv. Voto), C-175/93, C-593/93, T-425/93, C-281/94, T098/94, T-302/94, T-384/94, T-450/94, T-206/94, T-006/94, T-178/94, T-117/95, T-355/95, T-382/95, T-279/95, Auto 024/95, C-069/95, T-063/95, C-309/96, C-037/96, T-669/96, Auto 66/96, T-123/96, T-150/96.

7 Diez Manuel María, Los mayores costos de las obras públicas, R.A.D.A número 4, Buenos

Aires, noviembre 1972, pp.13.

8 Sentencia C-152/97, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

9“ART. 218.- Creación y operación del fondo. Créase el fondo de solidaridad y garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política:

El consejo nacional de seguridad social en salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos.

ART. 219. Estructura del fondo. El fondo tendrá las siguientes subcuentas indendientes:

- a. De compensación interna del régimen contributivo;
- b. De solidaridad del régimen de subsidios en salud;
- c. De promoción de la salud, y
- d. Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta ley.”
- e.

10 El artículo 15 del decreto 1938 de 1994 contiene las exclusiones y limitaciones al P.O.S. y dentro del ellas, en el literal y aparece: “Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéutica”.

11 Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

12 Sentencia T-059/97, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

13 Sentencia T-114/97, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

14 La Corte Constitucional, ha entendido por CURACION no solo la derrota de la enfermedad, sino el alivio de la misma.

15 Para el profesor José Alejandro Bonivento, "Los Principales Contratos Civiles", pág 448, esta forma de prestación de servicios profesionales está colocado dentro de lo estatuido en el artículo 2144 C.C. y es mandato.