

T-016-99

Sentencia T-016/99

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Alternativas para efectuar los tratamientos cuando no se ha superado el periodo mínimo de cotización

No hay la menor duda de que las EPS deben efectuar el tratamiento completo del cáncer y otras patologías para aquellos usuarios que han superado las cien semanas mínimo de cotización. Sin embargo dice la jurisprudencia, si no ha llegado a tal límite, el enfermo no queda desprotegido porque tiene tres opciones: Si está de por medio la vida, y no tiene dinero para acogerse a la opción del parágrafo 2º del artículo 26 del decreto 1938/94, la EPS lo debe tratar y la EPS podrá repetir contra el Estado. Se puede acoger al parágrafo 2º del artículo 26 del decreto 1938/94. Podrá exigirle directamente al Estado el plan de atención básico.

DERECHO A LA VIDA-Suministro de tratamiento y entrega de medicamentos por EPS sin cumplir periodo mínimo de cotización/ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Suministro de tratamientos y medicamentos por EPS sin cumplir periodo mínimo de cotización

Si está de por medio la vida del paciente y la orden de un tratamiento o entrega de un medicamento la da el médico tratante, es decir el que está en relación laboral con la EPS y está atendiendo a dicho paciente, la urgencia y gravedad no exoneran a la EPS de dar el tratamiento señalado y la droga recetada, aunque no se hubieran cumplido las cien semanas. Si tratamiento y droga forman un conjunto indivisible en cuanto se requiere la una para el otro, no puede la EPS alegar que el paciente cuya vida corre peligro tenga que acudir a un procedimiento extraño e ir a reclamarle directamente al Estado. Cobra mayor fuerza la tesis anteriormente expuesta, es decir, el tratamiento y entrega de medicamentos a enfermos del cáncer, cuya vida está en peligro y que no tienen dinero, así no hayan llegado a las cien semanas de cotización, con la expedición del acuerdo 110 del Ministerio de Salud.

SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Repeticón de EPS contra el Estado por excedente en valor del medicamento

La jurisprudencia que ha estado vigente, permite deducir que en determinados casos y circunstancias se puede repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía; posición solamente adicionada con la consideración que no se repite contra el Estado por la totalidad de lo que valga el medicamento que no figure en el listado, si es que éste no llegare a figurar, sino por el excedente sobre el valor de un medicamento similar que sí figure en el listado oficial. Hay pues una solidaridad de la cual no se desliga la EPS que continúa prestando el servicio; pero que puede reclamarle al Estado el mayor valor, así no se haya llegado a las cien semanas de cotización. Es obvio que lo lógico es que se cumpla con el reaseguro que la ley ordena.

DERECHO A LA VIDA-Suministro de medicamentos para quimioterapia de cáncer en persona de escasos recursos y sin cumplir periodo mínimo de cotización

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Suministro de medicamentos para tratamiento de cáncer en persona de escasos recursos y sin cumplir periodo mínimo de cotización

Referencia: Expediente T-174312

Procedencia: Tribunal Superior de Tunja

Acción de tutela instaurada por Matilde Alba de Ochoa contra la Entidad Promotora de Salud Unimec S.A.

Temas: Derecho a la salud y a la vida.

Enfermos de cáncer

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Séptima de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa, y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN EL NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela instaurada por Matilde Alba de Ochoa contra la Entidad Promotora de Salud Unimec S.A.

La señora Matilde Alba de Ochoa presentó acción de tutela contra la Entidad Promotora de Salud Unimec S.A. con fundamento en los siguientes consideraciones:

1. En virtud de un contrato de trabajo celebrado con Vitrificados de Cúcuta, la accionante fue afiliada a la E.P.S. UNIMEC S.A a partir del 19 de agosto de 1997.

1. En noviembre del mismo año, presentó un fuerte dolor de estómago que la obligó a ir de urgencias a una I.P.S de Unimec S.A. donde estuvo hospitalizada durante el tiempo necesario para la práctica de algunos exámenes. Posteriormente fue dada de alta.

1. En el mes de enero de 1998 solicitó cita médica directamente en UNIMEC S:A., porque los dolores continuaban y allí fue atendida por el doctor Manuel Gómez Aranguren, quien le ordenó una ecografía pélvica en la que se evidenció que la accionante presentaba un mioma uterino, el cual fue tratado inicialmente con medicamentos, que surtieron un efecto parcial.

1. Como el dolor proseguía, la accionante fue internada en la clínica Centro Médico de

Urgencias. Allí el doctor Manuel Gómez le ordenó la práctica de una rectosigmoidoscopia, que fue realizada por el doctor Ricardo Pineda Chillán, quien hizo una biopsia, la cual debía ser analizada por patología.

1. Una vez la demandante fue dada de alta, le fue ordenado un tac abdominal que requería para su realización de varios medicamentos de gran valor, los cuales no fueron costeados por Unimec S.A. con el argumento de que la paciente no se encontraba hospitalizada.

1. Obtenido el resultado de patología, se verificó que además del mioma inicial, la accionante presentaba un tumor maligno del recto.

1. El 10 de abril de 1998, estando en la ciudad de Barbosa, la accionante presentó un intenso dolor que la obligó a asistir al hospital de esa localidad.

1. El día 13 de abril, se acercó nuevamente al Centro Médico de Urgencias en Tunja donde se hizo un nuevo intento de tomar un TAC y en vista de que no se logró, ella solicitó cita donde otro cirujano, el doctor Jorge Rodríguez Díaz, quien luego de revisar los exámenes tomados ordenó la hospitalización inmediata de la accionante y la práctica de una cirugía al día siguiente. Se le realizó entonces el día 14 de abril una colostomía.

1. Sin embargo, la salida del Hospital esta vez le fue obstruida a la accionante, porque le fue requerido el pago de un 67% del valor total de los gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, con fundamento en el pago incompleto de semanas mínimas de cotización. Tales sumas fueron : \$873.751.00 pesos por concepto de medicamentos y hospitalización, \$ 499.000.00 de honorarios médicos y \$271.716 por medicamentos que se le aplicaron y que supuestamente no cubre el POS: doce (12) ampollas Unasyn. Cuando, logró cubrir la

cuenta, luego de muchos sacrificios le fue permitida la salida.

1. Médicamente se ordenó que con posterioridad a las seis semanas de practicada la cirugía, se debe programar otra cirugía para el cierre de la colostomía, que requiere de nuevos gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios.

1. Sostiene al momento de presentar la tutela, que debe someterse entonces a ésta nueva intervención quirúrgica y no posee la capacidad económica suficiente para sufragar los nuevos gastos, como quiera que Unimec S.A solo cubre el 33% de los mismos, menos aún ante la necesidad de mantener a sus tres hijos y esposo que se encuentra desempleado.

1. Considera que teniendo en cuenta que estas complicaciones ocurrieron con posterioridad a su afiliación a Unimec S.A. considera que sus circunstancias se escapan a la obligación de cotizar un mínimo de 24 meses o 100 semanas para tener derecho al beneficio integral.

Por todo lo anterior la demandante estima violado su derecho a la vida, salud y seguridad social. Por consiguiente solicita que se le ordene a Unimec S.A. una vez se le realicen los exámenes previos correspondientes, la programación y práctica de la intervención quirúrgica a la que debe someterse, eso es a una Histerectomía según la historia clínica. Adicionalmente solicita que se le presten los demás servicios postoperatorios que se requieran o sean indispensables para el adecuado tratamiento o restablecimiento de su salud y que dichos gastos sean asumidos en su integridad por Unimec S.A.

Con posterioridad a la presentación de la tutela se practicó la operación, para lo cual la señora Matilde Alba sacó plata prestada; ahora requiere de quimioterapia que no se le ha podido practicar porque la EPS no le entrega el medicamento y la señora no tiene dinero para comprarlo.

La EPS hace hincapié en los períodos mínimos de cotización e invoca los artículos 60 y 61 del decreto 806 de 1998 para justificar con ellos el no cubrimiento del servicio, salvo que la

solicitante pague el porcentaje que le corresponde.

I. DECISIONES DE INSTANCIA

El 11 de junio de 1998, el Tribunal Superior de Tunja, Sala Laboral, conoció en única instancia de la presente acción de tutela y decidió negar la solicitud de la demandante, con salvamento de voto de la Magistrada Patricia Navarrete. En opinión de los magistrados que conformaron la mayoría, “el legislador ha previsto que cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago de la parte que le corresponda deberá ser atendido por las instituciones públicas (resalta la Sala) prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuáles el Estado tenga contrato (parágrafo del art. 61 citado). De lo precedente se concluye que la acción de tutela no es el medio idóneo para obtener el servicio médico subsidiado, (sic), por consiguiente, debe acudir a la institución hospitalaria encargada del servicio de salud a cargo del Estado en la ciudad de Tunja, para que de acuerdo con la E.P.S. Unimec S.A., le realicen la cirugía indicada por el médico tratante y entre esas entidades se repartan los costos en la forma establecida por el decreto 806 de 1998.”

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 6 de julio de 1998, confirmó la decisión del a quo por semejantes razones a las expresadas en la primera instancia.

I. PRUEBA PRACTICADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

El día 13 de enero de 1999, la Corte Constitucional practicó una diligencia de inspección Judicial en las instalaciones de UNIMEC S.A. de la ciudad de Tunja, con el fin de precisar los hechos que motivaron la acción de tutela y establecer el estado actual de salud de la accionante. En la diligencia, la señora Matilde Alba de Ochoa explicó, entre otras cosas, respecto a su estado actual de salud: “Yo tuve cáncer en el colon. Ese cáncer se operó con el doctor Manuel Gómez y Jorge Rodríguez.(...) En efecto me practicaron unas operaciones, una resección de recto y colon y obviamente una colostomía en abril de 1998 que me la operaron aquí en Tunja; luego meses después se hizo el cierre de la colostomía y después una histerectomía. Después de eso se hizo un tratamiento de radioterapia en Bogotá que duró

mes y medio y de ahí arrancaba con el tratamiento de quimioterapia y después y eso es lo que estoy esperando porque realmente la droga es muy costosa. Cuando se terminó el tratamiento de radioterapia el doctor Armando Gaitán Gaitán que fue quien me lo hizo, él me dijo que tenía que seguir con la quimioterapia, me dio la fórmula, pero en Unimec me dijeron que no me podían dar la droga. El doctor Gaitán es médico tratante vinculado a Unimec en Bogotá. Con él yo empezaba el tratamiento de quimioterapia y después el me remitía aquí (Tunja) al doctor Manuel Gómez Aranguren. Yo pasé entonces la remisión para la droga en Unimec de Tunja y aquí me dijeron que no me la daban, porque era muy costosa y yo realmente no la puedo comprar. Hace mas de dos meses que debiera haber empezado el tratamiento con esa droga y aún no lo he empezado. Ese tratamiento dura un año (...). Además a mi hija Diana Rocío Ochoa de 23 años le dijeron que esa droga no estaba en el listado...”

El doctor Manuel Gómez Aranguren, médico tratante de la señora Matilde de Ochoa, especialista que manejó en su oportunidad el caso de la accionante comentó, entre otros aspectos, lo siguiente: “Lo que yo le puedo decir sobre el caso es que se trata de una paciente que tuvo cáncer de colon y se le practicó los procedimientos quirúrgicos que ella ha referido. Como se trata de un tumor maligno, pese al escrúpulo con el que fue operada, es necesario hacer dos procedimientos mas, uno que es la radioterapia, la cual ya se le hizo, y segundo, la quimioterapia, que está por realizarse. Ese tratamiento es necesario, yo diría que urgente. Los oncólogos, son los que prescriben las dosis y cantidad de droga que se le deba administrar a una paciente y esa droga que se le prescribió a la señora es la de su tratamiento de quimioterapia. Si no se hace el tratamiento de quimioterapia, se corre el riesgo de que un grupo de células malignas que hayan quedado se extiendan y terminen con la vida de la paciente”.

En lo relacionado con la capacidad económica de la señora de Ochoa, para costearse los mencionados medicamentos, el señor Rafael Antonio Niño, en calidad de empleador de la señora, respondió en términos generales lo siguiente: “... su situación económica no es buena. De ella dependen tres hijos y su esposo. Así que ella ya tuvo, o tuvimos que hacerle unos préstamos para cubrir los dineros de hospitalización y cirugía el cual todavía no lo ha podido cancelar porque el sueldo que ella devenga es el sueldo mínimo...”. Esta manifestación corrobora la afirmación de que la solicitante es de escasos recursos económicos. Ya se dijo que no dispone de dinero para comprar ella directamente la droga

requerida para la quimioterapia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión con fundamento en los artículos 86, inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución política, en armonía con los artículos 33, 35 y 42 del decreto 2591 de 1991. Además su examen se hace por virtud de la selección que hizo la Sala correspondiente y del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación.

B.- TEMAS JURIDICOS A TRATAR

En la sentencia de unificación SU-480 de 1997, la Corte Constitucional fijó las reglas jurídicas para el cumplimiento del tratamiento ordenado por el médico tratante, no solamente en el caso del sida, sino de todas las enfermedades, en especial de las calificadas como enfermedades ruinosas o catastróficas, entre las cuales esta por ejemplo el cáncer, por consiguiente, en la primera parte de estas consideraciones jurídicas se desarrollará y reiterará lo señalado en tal jurisprudencia. Como posteriormente, en 1998, se expidió nueva normatividad entonces, habrá consideraciones adicionales en esta sentencia para compaginar la jurisprudencia de 1997 con la regulación posterior.

1.- UNA DE LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD: 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”.

Especialmente, la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud estableció:

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, trasplante 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).

Como se aprecia la norma no solamente habla del sida sino de muchas otras enfermedades, y específicamente se refiere al tratamiento propio del cáncer.

A su vez, se precisó en 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 cardíaca
- 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"

Nuevamente se ve la ubicación del cáncer como patología de tipo catastrófico.

Sobre los períodos mínimos, que posibilitan algunos de esos tratamientos, el artículo 26 del decreto 1938 de 1994 enseña:

"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).

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional (SU-480/97), la hipótesis prevista por el parágrafo 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 de enfermedades catastróficas, como son enfermedades ubicadas dentro del nivel IV, el tratamiento que, en principio, el usuario le puede exigir a la EPS está supeditado a las 100 semanas mínimas de cotización.

O sea, que no hay la menor duda de que las EPS deben efectuar el tratamiento completo del cáncer y otras patologías para aquellos usuarios que han superado las cien semanas mínimo de cotización.

Sin embargo dice la jurisprudencia, si no ha llegado a tal límite, el enfermo no queda desprotegido porque tiene tres opciones:

a. Si está de por medio la vida, y no tiene dinero para acogerse a la opción del parágrafo 2º

del artículo 26 del decreto 1938/94, la EPS lo debe tratar y la EPS podrá repetir contra el Estado.

a. Se puede acoger al mencionado párrafo 2º del artículo 26 del decreto 1938/94.

a. Podrá exigirle directamente al Estado el plan de atención básico.

Estas opciones se reseñaron en la sentencia SU-480 de 1997, que es jurisprudencia vigente, luego no puede decirse que la única alternativa para el usuario del servicio es pagar el excedente o acudir al Estado, hay una tercera opción: exigirle a la EPS, siempre y cuando esté de por medio la vida del paciente, y quedaría por dilucidar si la EPS puede repetir contra el Estado.

2. LA NUEVA NORMATIVIDAD Y LOS PRINCIPIOS DE CONTINUIDAD Y EFICACIA

Se ha argumentado que el decreto 806 de 1998 reguló la materia de las cotizaciones en los artículos 60, 61 y 62 y son estos por consiguiente los aplicables actualmente.

Hay que dilucidar si evidentemente se hicieron algunas modificaciones a la normatividad anterior:

En primer lugar, se mantuvo integralmente los períodos mínimos de cotización. En segundo lugar, el párrafo 1º del artículo 26 del decreto 1938 de 1994, se convirtió en artículo (el 62 del decreto 806 de 1998) con la modificación de que antes se decía: “la estabilización del paciente en caso de una urgencia” y ahora se dice: “la atención inicial de urgencia”. En tercer lugar, el párrafo 2º se mantuvo. Y, se agregó un inciso (en el decreto 806 de 1998) que dice:

“Cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite debidamente esta situación, deberá ser atendido él o sus beneficiarios, por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato. Estas instituciones cobrarán una

cuota de recuperación de acuerdo con las normas vigentes”.

Este nuevo inciso es el que se esgrimió para no darle el tratamiento adecuado a la persona que instauró la presente tutela. Argumento presentado por UNIMEC y aceptado por las sentencias de instancia que se revisan.

Significa lo anterior que ha quedado suprimida la opción de exigirle a la EPS el cubrimiento del servicio, por parte del cotizante que no tenga fondos? Y, que el único camino es acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato?

En opinión de la Corte Constitucional, es indispensable hacer una distinción basado en los principios de continuidad y eficacia:

a. Si no está de por medio la vida, es obvio que surge la nueva opción reseñada en el decreto 806 de 1998, en el sentido de acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato, siempre y cuando no se hayan cumplido las cien semanas.

b. Si está de por medio la vida del paciente y la orden de un tratamiento o entrega de un medicamento la da el médico tratante, es decir el que está en relación laboral con la EPS y está atendiendo a dicho paciente, la urgencia y gravedad no exoneran a la EPS de dar el tratamiento señalado y la droga recetada, aunque no se hubieran cumplido las cien semanas. Si tratamiento y droga forman un conjunto indivisible en cuanto se requiere la una para el otro, no puede la EPS alegar que el paciente cuya vida corre peligro tenga que acudir a un procedimiento extraño e ir a reclamarle directamente al Estado. Por consiguiente, en este aspecto sigue vigente la jurisprudencia SU-480 de 1997, que, se repite, es una jurisprudencia que se aplica no solamente para los enfermos del sida.

Cobra mayor fuerza la tesis anteriormente expuesta, es decir, el tratamiento y entrega de medicamentos a enfermos del cáncer, cuya vida está en peligro y que no tienen dinero, así no hayan llegado a las cien semanas de cotización, con la expedición del acuerdo 110 del Ministerio de Salud, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, 28 de octubre de 1998, que a la letra dice:

“Artículo 1º.- Modificase el artículo 8º del Acuerdo N° 83 el cual quedará así:

Artículo 8º. Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo.

Si el precio máximo al público de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio máximo al público de los medicamentos que reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las EPS o ARS. Si el precio máximo excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía.

El Ministerio de Salud reglamentará la conformación de comités técnicos - científicos dentro de las EPS, ARS y IPS los cuales establecerán las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo - efectividad. En estos comités se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios.

Artículos 2º.- Vigencia. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación en el Boletín del Ministerio de Salud, capítulo Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

3. RELACION ESTAS-EPS Y PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

En la citada sentencia SU-480/97, sobre el tema de si se puede o no repetir contra el Estado, la posición jurisprudencial fue la siguiente:

“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.

Pero qué ocurriría si el mismo Estado, permite que progresivamente las UPC se vayan desvalorizando? en cierta forma, se estarían alterando las reglas de juego iniciales porque esto incidiría necesariamente en el equilibrio financiero de la EPS y del propio sistema.

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.¹

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:

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”², 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)3.

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.

Hay pues una solidaridad de la cual no se desliga la EPS que continúa prestando el servicio; pero que puede reclamarle al Estado el mayor valor, así no se haya llegado a las cien semanas de cotización. Es obvio que lo lógico es que se cumpla con el reaseguro que la ley ordena.

CASO CONCRETO

La solicitante de tutela tiene un cáncer que como es natural debe ser urgentemente tratado. La EPS a la cual está afiliada y a quien se ha cotizado cumplidamente (van mas de setenta

semanas cotizadas) no ha sido acuciosa en el cumplimiento del tratamiento que los médicos han señalado.

La paciente requirió de préstamos para contribuir en el tratamiento, luego la tutela no puede proponerse sobre hechos cumplidos, pero ha llegado la solicitante a una situación en la cual ya no tiene forma de pagar el medicamento requerido para la quimioterapia. Es decir, la actual omisión hace referencia a la no entrega de medicamentos indispensables para la quimioterapia. Si no se efectúa ésta, la vida de la paciente corre grave peligro. Ya han transcurrido tres meses de retardo para dicho tratamiento y por consiguiente la quimioterapia debe efectuarse a la mayor brevedad. Por otro aspecto, la paciente es persona de escasos recursos, solamente recibe un salario mínimo y debe atender a tres hijos que dependen de ella. Máxime si como en el caso de la presente tutela está cercano el plazo de las cien semanas cotizadas, luego no sería justo obligar a un paciente en peligro de muerte a acudir a otra entidad durante un corto tiempo, porque como es sabido, en la quimioterapia el tratamiento dura aproximadamente un año. Lo equitativo es salvar en primer lugar la vida del usuario y en segundo término reclamarle al Estado por el dinero que éste no puede cubrir, en la proporción debida.

Se supo que la EPS obligó a Matilde Alba de Ochoa a pagar parte del tratamiento inicial. No se sabe a ciencia cierta la razón para que se niegue la entrega del medicamento que ahora necesita, ordenado por el médico tratante. En la contestación de la tutela se invocó que la paciente no había llegado a las cien semanas de cotización, pero, como ya se dijo, las operaciones se le practicaron, para lo cual la paciente obtuvo un préstamo y queda por practicar la quimioterapia, que no se ha hecho por parte de la EPS, al parecer ello se debe al alto costo de la droga. Esa droga debe suministrarse en cada etapa de la quimioterapia y esto se dice que duraría aproximadamente un año. Faltan pocos meses para completar las cien semanas de cotización, pero está de por medio la vida del paciente, luego hay que protegerle la vida y no se puede exigir que espere unos meses; la tutela está para amparar dicho derecho fundamental a la vida. Como tampoco se puede alterar el equilibrio financiero, la EPS podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad, en el porcentaje, que según las semanas cotizadas, debería pagar la usuaria.

Pero si la razón estriba en que los medicamentos recetados en receta de 14 de octubre de 1998 no figuran en el listado oficial de todas maneras, por tratarse de una enfermedad

catastrófica, como es el cáncer, que pone en peligro la vida de la paciente, la EPS también debe entregarlos sin demora y puede repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, como en numerosas sentencias lo ha indicado esta Corte Constitucional, con la advertencia de que el reclamo es por lo que supere el valor de un medicamento de similar condición, que si figure en el listado.

Significa lo anterior que la tutela debe prosperar con el condicionamiento antes mencionado.

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

R E S U E L V E

Primero. REVOCAR las sentencias materia de revisión (la de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Tunja, de 11 de junio de 1998, y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 6 de julio de 1998) y en su lugar CONCEDER la tutela por violación del derecho a la vida en conexión con el derecho a la salud.

Segundo. ORDENAR a UNIMEC EPS que en el término de cuarenta y ocho horas (48) a partir de la notificación de la presente sentencia se le entregue a la solicitante los medicamentos ordenados por el médico tratante, si es que aún no se ha hecho, indispensables para la quimioterapia que le fue ordenada y que se practique el tratamiento contra el cáncer a cabalidad y sin dilaciones.

UNIMEC EPS, podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud por el porcentaje en semanas de cotización que le falten al usuario para el mínimo de las cien semanas y por lo que sobrepase el valor de una droga similar que figure en el listado, si es que la droga recetada no apareciere en el listado oficial de medicamentos. Y el mencionado fondo en virtud del principio de eficiencia deberá entregar lo que se repite a la mayor brevedad.

Tercero. Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el Tribunal de origen hará las notificaciones y tomará las medidas adecuadas.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MONCALEANO

Secretaria General

1 Diez Manuel María, Los mayores costos de las obras públicas, R.A.D.A número 4, Buenos Aires, noviembre 1972, pp.13.

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

3“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.