

Sentencia T-1174/00

URGENCIAS EN ENFERMEDADES DE ALTO COSTO-Atención inmediata sin tener en cuenta periodos mínimos de cotización

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Práctica de cirugía de cadera sin cumplir periodo mínimo de cotización

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el FOSYGA

Referencia: expediente T-307029

Procedencia: Juzgado 73 Penal Municipal de Bogotá

Actor: José Medelio Rojas Triana.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de dos mil (2.000).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela N° T-307029 promovida por José Medelio Rojas Triana contra el ISS (Instituto de Seguros Sociales).

### I- ANTECEDENTES.

1. El señor José Medelio Rojas Triana presenta tutela contra el Instituto de Seguros Sociales y afirma que hace un año fue atendido a través del servicio de salud en la sede del Instituto del Nuevo Chapinero y remitido por el médico ortopedista a varios hospitales, y en especial en el

Hospital Universitario de San Ignacio, donde le ordenaron un reemplazo de cadera del costado derecho, así como algunos exámenes previos a la cirugía. Sin embargo, señala el actor, la entidad demandada se ha negado a dar la orden de intervención quirúrgica, con el argumento de que la señora Ana Tulia Saavedra, su compañera, y quien es la persona afiliada, apenas tiene un acumulado de ciento setenta y un semanas en salud entre los años de 1995 a 1999, pero que en los últimos doce meses tan sólo cotizó treinta y ocho semanas, por lo cual debe sufragar un porcentaje del costo del tratamiento, que es una suma aproximada de seis millones. El peticionario indica que no tiene esa suma, por lo cual “debería esperar más tiempo, más o menos un año, para poder ser atendido quirúrgicamente, tiempo que mi quebranto de salud no me permite esperar, ya que no me puedo desplazar de un lugar a otro”. El actor concluye entonces señalando que recurre a la tutela “ya que este es el único medio que me queda para mejorar mi calidad de vida”.

Para sustentar sus afirmaciones, el actor anexa copias de la carta del 29 de octubre de 1999 dirigida al director quirúrgico de los Seguros Sociales, en la cual solicita la cirugía, y en donde indica que le resulta imposible desplazarse por sus propios medios y que “ha tomado turno” para practicarse la operación, pero sin éxito, por lo cual ha pasado un tiempo más que prudente para obtener un paliativo a su dolor. El peticionario también adjunta el reporte de semanas cotizadas en salud de Ana Saavedra, la relación de novedades por aportes mensuales de la misma persona, el concepto del médico tratante sobre su enfermedad, así como copia de su historia clínica. Igualmente el peticionario anexa una copia del formulario de afiliación de la señora Ana Saavedra Saavedra, en donde lo incluye como beneficiario, y una copia del formulario de auto-liquidación mensual de aportes de Nohemí Mendoza de Tarquino, en el que está relacionada Ana Saavedra como afiliada.

2. El Juzgado 73 Penal Municipal de Bogotá, a quien correspondió el trámite de la presente acción de tutela, la admite por auto del 1 de diciembre de 1999, que ordena además ampliar la demanda y oficiar a la entidad accionada para que se pronuncie sobre las afirmaciones del actor.

2.1. En ampliación de su solicitud, el actor explica que vive en unión libre desde hace veintidos años con Ana Tulia Saavedra, y que el ISS aduce que ha perdido su antigüedad de afiliación por cuanto “la patrona de mi esposa no pagó algunos meses del año anterior”. El peticionario señala que se encuentra desempleado, pues su estado de salud no le permite

trabajar, y que su dolencia proviene de que se fracturó el fémur en un accidente de tránsito, hace unos quince años, fue operado, pero la intervención quedó “mal hecha”.

2.2. El ISS, en su respuesta al juzgado, argumenta que la tutela debe ser negada, pues las personas sólo pueden exigir los servicios de las EPS si han cumplido en forma plena y oportuna con sus obligaciones, lo que no sucede en este caso, ya que la señora Ana Tulia Saavedra dejó de cotizar por un tiempo superior a los seis meses, entre febrero y septiembre de 1998, y por ello perdió la antigüedad en las cotizaciones, de conformidad con las regulaciones legales. Por ende, indica la representante de la entidad demandada, la cuenta de las semanas requeridas para enfermedades de alto costo se reinicia a partir de octubre de 1998, por lo que en la actualidad el actor “no completa el número mínimo para poder acceder a esta prestación”. Además, indica el ISS, en este caso no se aplican las excepciones que la jurisprudencia constitucional ha señalado para que en estos eventos pueda obligarse a la EPS a prestar el servicio de salud, por cuanto el procedimiento solicitado no es necesario para proteger la vida, por lo cual el actor debe “acudir al Estado por intermedio del régimen subsidiado para que se le protejan sus derechos fundamentales, con la prestación del servicio que solicita en las entidades sociales del mismo o en las que tenga contratadas el régimen mencionado”. Finalmente, argumenta la entidad accionada, conceder la tutela sería violatorio de la igualdad, pues vulnera los “derechos de los demás usuarios cuyas fechas de tratamiento ya se han fijado y estando en un turno preferencial deben cederlo en beneficio de quien por una tutela (reitero sin reunir los requisitos) obtiene la orden para que se la atienda, omitiendo el trámite que le correspondía realizar”.

Por su parte, el Gerente de la Clínica San Pedro Claver indica al juez de tutela que en los archivos de esa entidad no aparece del peticionario “ningún antecedente de atención en la Junta de Reemplazos articulares”. Únicamente encontraron una atención ambulatoria el 1 de julio de 1999, por un dolor crónico de cadera debido a un accidente 22 años atrás. El diagnóstico fue “artrosis de cadera derecha” y le fueron formulados analgésicos y antiinflamatorios.

Sentencia objeto de Revisión.

3- En sentencia del 13 de diciembre de 1999, el Juzgado 73 Penal Municipal de Bogotá negó la tutela. La providencia comienza por indicar que el derecho a la salud, a pesar de ser un

derecho de contenido social, puede ser fundamental, si la falta del servicio afecta la vida, y en tales eventos “la atención médica oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicinas pueden ser objeto de amparo constitucional”. Además, indica el juez, la ley prevé períodos mínimos de cotización para el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo, exigencia que fue “declarada exequible por la sentencia C-112/98 de la Corte Constitucional”. Sólo en casos excepcionales, señala la sentencia, en que esté en juego la vida o la integridad, es posible introducir excepciones a esos mínimos de cotización.

El juez indica que es claro que el peticionario perdió la antigüedad, debido a la omisión en el pago de los aportes, de suerte que no reúne los períodos mínimos de cotización que requiere el servicio solicitado. En estas condiciones, agrega la sentencia, teniendo en cuenta que “en este caso no se está ante un eminente peligro para la vida del señor Rojas Triana, dadas las características de su enfermedad, por lo que no surge conexidad entre el derecho a la salud y el derecho fundamental a la vida,”, la tutela no es procedente. Concluye entonces la providencia:

“Si en este caso en particular no existe evidencia de que la práctica del trasplante de cadera sea condición indispensable para la conservación de la vida del señor Rojas Triana, pues éste se moviliza en tales condiciones y como él lo afirma solo pretende una mayor facilidad para su desplazamiento y hoy en día la cotizante Ana Saavedra solo cuenta con un acumulado de treinta y ocho semanas por haber perdido la antigüedad por no pago de cotizaciones, no resulta procedente la acción de tutela.

Valga indicar que si la suspensión de la afiliación de la señora Ana Saavedra fue por causa de su empleador, éste debe garantizar la prestación de los servicios de salud a todos sus trabajadores y que si la señora Saavedra, no cuenta con recursos para pagar el porcentaje del valor total del tratamiento que le corresponde a su compañero Rojas Triana, de acuerdo con el artículo 61 del mencionado Decreto 806 de 1998, puede acreditar ante el Instituto esta situación para que pueda ser atendida ella o sus beneficiados”.

4- La anterior decisión no fue impugnada, por lo cual fue remitida a la Corte Constitucional, quien la seleccionó para revisión por medio de auto del 25 de abril de 2000 de la Sala de Selección Número Cuatro.

## Actividad probatoria de la Corte Constitucional

5- Con el fin de determinar la importancia del reemplazo de cadera para la protección de la vida digna del peticionario, la Corte ofició a su médico tratante, el doctor Juan Carlos Duque, ortopedista y traumatólogo del Hospital San Ignacio, para que conceptuara que tan urgente es para la protección de la vida digna y la integridad del peticionario que se adelante la referida intervención quirúrgica. El doctor Rafael Eduardo Pérez Nuñez, jefe de la Unidad de Cadera y Cirugía Reconstructiva del Hospital San Ignacio, respondió el 1 de agosto de 2000 lo siguiente:

“Se revisó el caso del paciente en mención quien presenta secuelas de Fractura de Cadera Derecha, que causa una severa limitación funcional por acortamiento de la extremidad y dolor de cadera, lo cual compromete en forma importante su calidad de vida y sus posibilidades laborales. Por tal razón considero indispensable la realización de un Reemplazo Total de la Cadera Derecha, como única alternativa para mejorar su calidad de vida” (subrayas no originales).

## II- CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

1- Esta Corte es competente para conocer de la sentencia materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

El asunto bajo revisión.

2- El peticionario es beneficiario del ISS por cuanto su compañera permanente se encuentra afiliada a esa entidad de seguridad social. Por un accidente de tránsito ocurrido hace más de veinte años, el actor sufre problemas de cadera, que le dificultan moverse, por lo cual, según consta en su historia clínica, los médicos del Hospital San Ignacio consideran que es necesario un transplante de cadera. Sin embargo, el ISS se niega a ordenar esa intervención quirúrgica, por cuanto la afiliación de la persona cotizante fue suspendida ya que dejó de realizar los aportes por más de seis meses, y por ende perdió su antigüedad. En esas condiciones, argumenta el ISS, desde que se reinició su afiliación al sistema, la cotizante no

reúne el período mínimo para acceder a la prestación solicitada, que es de alto costo. Además, como no está en juego la vida, la tutela debe ser negada.

3- Conforme al material probatorio reunido en el expediente, es claro que el peticionario no reúne el período de cotización para acceder al trasplante de cadera. Así, su compañera permanente no realizó aportes por más de seis meses continuos en 1998, y por ello perdió la antigüedad en las cotizaciones. Por ende, de conformidad con las regulaciones legales, las semanas comienzan a contarse nuevamente sólo a partir de su reingreso al sistema, esto es, desde octubre de 1998, por lo cual sólo aparecía, en noviembre de 1999, con 38 semanas cotizadas. Ahora bien, el reemplazo de cadera es una cirugía de alto costo, que requiere un período mayor de carencia.

La pregunta que surge es entonces si, en el presente caso, el actor tiene derecho al trasplante de cadera, a pesar de no reunir los períodos mínimos de carencia. Para responder a ese interrogante, la Corte comenzará por recordar los criterios desarrollados por la doctrina constitucional sobre el tema, para luego entrar a estudiar el caso concreto.

Periodos mínimos de cotización y posibilidades de tutelar el derecho a la salud.

4- La Corte ha indicado que no viola la Constitución que la ley prevea periodos mínimos de cotización para los tratamientos de alto costo, ya que de esa manera el ordenamiento busca asegurar la viabilidad financiera del sistema de seguridad social. Precisamente por tal razón esta Corporación declaró la constitucionalidad del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, que establece que “el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización” (Sentencia C-112 de 1998). Sin embargo, la jurisprudencia ha sido también clara en señalar que “ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización pues su exigencia violaría los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de “alto costo”, necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los períodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios” (Sentencia C-112 de 1998).

5- Con base en lo anterior, en reiterada jurisprudencia<sup>1</sup>, la Corte ha sostenido que la aplicación sin contemplaciones del decreto 806 de 1998, que reglamenta los mandatos del artículo 164 de la ley 100 de 1993, vulnera el derecho constitucional a la vida y a la

integridad física, de quien necesita el tratamiento sometido a un mínimo determinado de cotizaciones al sistema, cuando (i) la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; (iii) el interesado no puede cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.

En tales eventos, la EPS se encuentra obligada a prestar el servicio, pero, como es obvio, y para preservar su equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, tal y como esta Corporación lo ha señalado en sentencias precedentes<sup>2</sup>.

“No es la muerte la única circunstancia contraria al derecho constitucional fundamental a la vida, sino también todo aquello que la haga insoportable y hasta indeseable. El dolor o cualquier otro malestar que le impida al individuo desplegar todas las facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente en sociedad, ha dicho la Corte, aunque no traigan necesariamente su muerte, no solamente amenazan, sino que rompen efectivamente la garantía constitucional señalada, en tanto que hacen indigna su existencia (Sentencia T-283 de 1998).

La jurisprudencia constitucional, así mismo, ha condenado enfáticamente la resistencia a proteger el referido derecho cuando el demandante en acción de tutela, como lo sostuvieron los jueces de instancia en este proceso, no ve comprometida su vida, es decir, no se halla al borde de la muerte. También en reiteradas ocasiones, la Corte ha manifestado que no tiene sentido esperar tan indeseable límite para hacer efectiva una garantía constitucional, pues ello significa, además, una falta al deber de solidaridad dispuesto en el artículo 95 de la Constitución Política (Sentencia T-560 de 1998).

La negativa a proteger el derecho a la vida, el más fundamental de todos, solamente puede resultar de un examen riguroso de todas las circunstancias planteadas en el proceso y de que el juez de tutela tenga la seguridad absoluta de que el mismo, con todas sus implicaciones, no se encuentra amenazado o violado; más cuando la discusión al respecto

surge de falta de atención en salud, pues, en estos casos, los demandantes generalmente se encuentran en estado de debilidad manifiesta y, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución, deben recibir un trato especial por parte de las autoridades de la República”.

Con estos criterios, entra la Corte a estudiar el caso del peticionario.

El caso concreto

7- En el presente caso, el material probatorio indica que la intervención quirúrgica es necesaria para preservar la vida digna del peticionario. En efecto, el concepto rendido por el doctor Rafael Eduardo Pérez Nuñez, jefe de la Unidad de Cadera y Cirugía Reconstructiva del Hospital San Ignacio, es inequívoco: esa cirugía es indispensable, debido a los dolores y a la severa limitación funcional que padece el peticionario, todo lo cual, dice el concepto, “compromete en forma importante su calidad de vida y sus posibilidades laborales”. Por ello, concluye el concepto, esa intervención aparece como la “única alternativa para mejorar su calidad de vida”.

Es pues claro que la falta de la cirugía solicitada por el demandante compromete su derecho a una vida digna, y que ese tratamiento no puede ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización. Además, los diagnósticos sobre la necesidad de esas intervenciones han sido realizados por médicos que hacen parte de una IPS, que tienen vínculos con la EPS a la cual se solicita la autorización del tratamiento. Finalmente, el material probatorio incorporado al expediente permite inferir que el peticionario no cuenta con los recursos para pagar esa cirugía, ni las cuotas que se le exigen. En efecto, conforme a su declaración, su estado de salud no le permite trabajar, por lo cual se encuentra desempleado, y su compañera permanente, según los formularios de autoliquidación incorporados al expediente, recibe como ingreso prácticamente el salario mínimo.

8- La Corte concluye que se reúnen los requisitos para amparar al peticionario. La sentencia revisada será entonces revocada y esta Corporación tutelaré el derecho a la salud, en conexidad con la vida, del peticionario, por lo cual esta sentencia ordenará a la EPS demandada autorizar la intervención quirúrgica y repetir contra el FOSYGA, por los gastos suplementarios en que haya podido incurrir.

III- DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del 13 de diciembre de 1999 del Juzgado 73 Penal Municipal de Bogotá, que negó el amparo solicitado por el demandante José Medelio Rojas Triana, y en su lugar, TUTELAR el derecho a la salud, en conexidad con la vida, del peticionario.

SEGUNDO: ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice, de conformidad con las indicaciones médicas, la operación de reemplazo de cadera del peticionario, así como los otros tratamientos que se requieran para proteger su vida digna. Esta EPS deberá asumir los costos del tratamiento y podrá repetir por los gastos adicionales en que incurra contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, subcuenta de promoción de la salud

TERCERO: Por Secretaría líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

IVAN ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General

1 Ver. En particular, las sentencias T-691 de 1998 y SU-819 de 1999.

2 Ver, entre otras, las sentencias SU-480 de 1997 y T-796 de 1998.