

Sentencia T-1457/00

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Suministro de tratamientos por EPS sin cumplir periodo mínimo de cotización

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Tratamiento de quimioterapia por EPS

Referencia: expediente T-322915

Acción de tutela interpuesta por María Del Pilar De Narváez de Torres contra el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ.

Bogotá, D.C., octubre treinta (30) del 2000

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CRISTINA PARDO SCHLESINGER (e), ALVARO TAFUR GALVIS y FABIO MORON DIAZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, de fecha 14 de marzo del 2000 y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, de fecha 8 de mayo del 2000, dentro de la acción de tutela iniciada por el Defensor del Pueblo, Regional Bogotá, en representación de la señora MARIA DEL PILAR DE NARVAEZ DE TORRES contra el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Bogotá.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos.

La referida ciudadana en su libelo de tutela señala que se encuentra afiliada al seguro Social desde el 29 de octubre de 1998 y que ha venido cancelando los aportes mensuales al sistema de seguridad social en salud.

Aduce que en el año de 1998, se le diagnosticó lesión vegetante a nivel de bronquio del lóbulo superior derecho, con informe de biopsia de CARCINOMA ESCAMOCELULAR BIEN DIFERENCIADO, motivo por el cual acudió al Seguro Social con el propósito de recibir el tratamiento que demandaba su delicado estado de salud, recibiendo de la entidad de seguridad social la asistencia con Radioterapias pero, absteniéndose de proporcionarle la quimioterapia ordenada por el médico tratante.

Precisa que requiere quimioterapia de tercer nivel, dado el avanzado cáncer que padece en el pulmón y que actualmente su familia no cuenta con los recursos económicos para que a través de médicos particulares se le dispense el tratamiento de quimioterapia. Solicita que el juez de tutela mediante una orden proteja sus derechos fundamentales a la vida digna, salud e integridad física, así como a la seguridad social ya que el ISS no le brinda la protección solicitada en razón a que no ha cotizado las 100 semanas mínimas que establece la ley y el artículo 61 del decreto 806 de 1994.

## 2. Pruebas.

En el expediente obra el dictamen del 10 de febrero del 2000, emanado de ONCOLOGIA H.C., de la Fundación Santafé de Bogotá, en la cual se describe la situación de la actora de la siguiente manera:

“paciente con DX de CA BRONCOGENICO ESTADIO CLINICO III B en progresión, quien se encuentra recibiendo tratamiento con quimioterapia con Binorelvine, la paciente refiere haber presentado durante el fin de semana episodios de disnea clase funcional II, además ha tenido tos seca escasa.

Examen físico: BEG, escala funcional 100%, en este momento sin signos de disnea en reposo, llama la atención la presencia de la aspiración bronquial a nivel de tercio superior de hemitórax derecho, no encuentro masas ni viseromegalias, no encuentro adenopatías, en ninguno de los territorios clínicamente evaluables”.

En el control Oncológico del 16 de febrero del mismo año se dijo:

“Paciente con DX de CARCINOMA ESCAMOCELULAR ESTADIO CLINICO III B en progresión, quien acude hoy a control, con TAC de tórax en la cual se evidencia persistencia de las

lesiones nodulares en hemitórax izquierdo, evidenciándose un discreto aumento del tamaño y de la densidad de la lesión localizada subpleural en el lóbulo medio, en ese sentido se plantea cambiar esquema de tratamiento a Taxol, se formula Taxol 270 mgs para infusión de 4 horas y administración cada tres semanas premedicación con Hidroxicina, Miticorten y Ranitidina.

Se esperará el inicio del tratamiento de acuerdo a la disponibilidad económica para la consecución del medicamento por parte de la paciente” (folio 30-37).

### 3. Las Sentencias Judiciales Objeto de Revisión.

#### 3.1. La Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia de 14 de marzo del 2000, decidió tutelar los derechos constitucionales invocados por la demandante por considerar que la entidad demandada ha negado la atención médica requerida, argumentando que a la fecha la quejosa no ha cotizado el número de semanas exigido para aquellas dolencias que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, POS. En criterio del juez esta interpretación contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la ley.

#### 3.2. Impugnación

La Gerencia Regional del I.S.S., Seccional Bogotá, a través de apoderado judicial impugnó la decisión anterior aduciendo que la acción de tutela es improcedente ya que el decreto 806 de 1998, establece unos períodos mínimos de cotización al Sistema General de la seguridad Social en Salud para acceder a la prestación de algunos procedimientos de alto costo, período durante el cual en caso de no reunir el número de semanas cotizado requerido, el afiliado carece del derecho a ser atendido por la EPS a la cual se encuentra afiliado y si no posee el dinero deberá acudir a las instituciones públicas prestadoras del servicio de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato, instituciones que cubrirán una cuota de recuperación de acuerdo con la norma vigente y la Sentencia SU-819 de 1999. Por lo tanto solicita que el juez de tutela de segunda instancia revoque la decisión judicial impugnada.

#### 3.3. La sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante providencia de fecha 8 de mayo del 2000, decidió modificar el numeral segundo de la providencia de instancia de fecha 14 de marzo del 2000, en el sentido de ordenar al ISS, Seccional Bogotá, asumir el costo que conforme a las sumas cotizadas le corresponden y autorizarlo para que en uso de la acción de repetición exija del Estado el reintegro de los valores que ha asumido y por disposición legal no está obligado a cubrir, tal como se dejó visto en la parte considerativa de este fallo.

En efecto estimó el Ad-quem que:

” Si bien la afiliada afirma que no tiene capacidad de pago, es clara la Corte Constitucional ante la vigencia y expedición de la Ley 508 de 1999 que contiene el Plan Nacional de Desarrollo en precisar conforme a la Sentencia SU-819 de 1999 del mismo año, que mientras el Consejo nacional de seguridad Social en salud (art. 37) no defina el trámite a seguir para la prestación de los servicios de salud por fuera del POS, la imposibilidad de pago del accionante sólo puede establecerse tras el análisis de la información tributaria, crediticia y laboral, en cuanto que no puede olvidarse que en estos supuestos, se están utilizando los recursos de la sociedad, limitados y normalmente escasos, con riesgo al equilibrio del sistema mismo de seguridad social en salud, elementos de juicio que no obran en la actuación, razón por la que la EPS debe cubrir el tratamiento que requiere la accionante en el porcentaje que la ley le obliga de conformidad con las semanas cotizadas, debiendo asumir la cotizante el valor correspondiente al número de semanas de cotización que falten para completar el período mínimo contemplado.

Lo anterior sin perjuicio de que si el interesado insiste en su incapacidad económica deba adelantar los trámites correspondientes para acceder al régimen subsidiado y de ser aceptado en él, lograr por parte de las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato, la atención médica y el suministro de los medicamentos que demanda, evento en el cual dichas instituciones tendrán derecho a cobrar una cuota de recuperación, de acuerdo a las normas vigentes.”

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### 1. El problema jurídico.

En el caso en estudio la acción de tutela está encaminada a que el juez de tutela ampare los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la salud y a la integridad física invocada por el Defensor del Pueblo en nombre y representación de la señora MARIA DEL PILAR DE NARVAEZ DE TORRES, ordenado a la EPS del Instituto de los Seguros Sociales, la prestación del servicio de salud, otorgando el tratamiento de quimioterapia de tercer nivel, dado el avanzado cáncer que padece en el pulmón, ya que su familia no cuenta con los recursos económicos para que a través de médicos particulares sufraguen el referido tratamiento.

2. Reiteración de jurisprudencia. Las enfermedades ruinosas o catastróficas. La acción de repetición y el caso concreto.

Esta Corte ha sostenido<sup>1</sup> que en casos de urgencia o gravedad comprobados, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio. Pues, por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Por tanto en estos casos, los afiliados que no cumplan con los períodos mínimos de cotización y requieran ser tratados en razón de una enfermedad considerada catastrófica o ruinosas, sin tener los recursos necesarios para sufragar el porcentaje que le correspondería, tienen el derecho y las entidades el deber de atenderlos. Los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad promotora de salud a la que esté afiliado el usuario, que tendrá la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar, tal como expresamente lo afirmó la Sentencia SU-480 de 1997 y lo reiteró, entre otras, en la Sentencia SU-819/99 y T-016/99.

En efecto en esta última Sentencia de Unificación, dijo la Corte lo siguiente:

**“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.
- a. Diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de médula ósea y de córnea.
- b. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- c. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
- d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas.
- e. Tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor.
- f. Terapia en unidad de cuidados intensivos.
- g. 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
- 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.

a. 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.”

Visto lo anterior y descendiendo al caso en estudio, observa la Sala que se encuentra acreditado que la señora MARIA DEL PILAR DE NARVAEZ DE TORRES se encuentra cotizando al régimen contributivo a la EPS - ISS (folio 30) padece de cáncer de pulmón y, requiere para el tratamiento de la enfermedad, según prescripción médica suscrita por la Fundación Santafé de, quimioterapia de tercer nivel (folios 37 y 38), que requiere de un período mínimo de cotización igual a 100 semanas de cotización conforme al artículo 61 del decreto 806 de 1998, período que como se desprende de los documentos aportados a la actuación y del propio dicho de la actora, aún no ha sido completado toda vez que el ISS certificó 64.2 semanas de cotización (folio 52).

Así las cosas, en situaciones fácticas como esta la Corte Constitucional ha tutelado el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida entre otras en las Sentencias T-370 y T-419 de 1998. Por tal razón, se reiterará la jurisprudencia aludida (SU-819/99), pues en el Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana y la consecución del valor de la vida, resulta inaceptable que se pueda tolerar que, ante el apremio de la persona de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se anteponga intereses económicos de carácter legal o consideraciones subalternas que ponen en peligro la vida humana, supremo derecho fundamental en el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia.

Por último la Sala de Revisión confirmará la decisión judicial de segunda instancia íntegramente ya que conforme lo expuesto en la Sentencia SU-480 de 1997 y reiterada en la Sentencia SU-819 de 1999 la EPS demandada tendrá acción de repetición contra el Estado para recuperar aquellos valores que legalmente no estén obligadas a asumir por los costos de tratamientos de enfermedades catastróficas o ruinosas de los afiliados que no cumplen con las mínimas semanas de cotización al sistema de seguridad social en salud como ocurre en este evento analizado.

### III. DECISION.

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

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR íntegramente la Sentencia de tutela de mayo 8 del 2000 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que a su vez modificó parcialmente la Sentencia de 14 de marzo del 2000 dictada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el Defensor del Pueblo, Regional Bogotá, en nombre y representación de la señora MARIA DEL PILAR DE NARVAEZ DE TORRES contra el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Bogotá.

Segundo. LÍBRESE por Secretaria la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

1 SU-480/97; SU-819/99; T-442/94; T-691/98; T-875/99; T-685/98.