

Sentencia T-1607/00

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Tratamiento de persona de escasos recursos sin cumplir periodo mínimo de cotización/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repeticón contra el FOSYGA

Referencia: expediente T-347291

Acción de tutela interpuesta por Manuel Valencia Silva contra el ISS-Seccional Valle del Cauca

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Bogotá, D.C., noviembre veintiuno (21) de dos mil (2000)

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

SENTENCIA

en el proceso de revisión de fallo adoptado adoptado por el Tribunal Contencioso-Administrativo del Valle de fecha 12 de junio del 2000, dentro de la acción de tutela promovida por Manuel Silva Valencia contra el ISS-Seccional Cali-Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Relata que los galenos adscritos al Seguro Social, me han manifestado que no existe

remedio eficaz para dicha enfermedad, pues de acuerdo a las explicaciones de los médicos del Seguro Social. Por lo anterior se vió precisado a consultar médicos particulares, pues según expone el Instituto de los Seguros Sociales no le ha prestado la atención médica ni le ha suministrado la droga que requiere para su enfermedad, esto es Akineton de 2mg., Sinemet de 250 mg., Cenalce de 0.25mg y Selegil 5.00 mg.

Argumenta que el día (6) de abril del año 2000 se dirigió por intermedio del oficio que anexo al Dr. Harold López, para solicitarle que se le concediera la droga que requería para su tratamiento, a pesar de lo anterior, el Seguro Social no la ha querido suministrar, fundamentándose en que tales drogas se encuentran fuera del POS. Por lo tanto solicita que el juez de tutela, mediante una orden, disponga el suministro de las drogas, pues es una persona de escasos recursos económicos, que no cuenta con recursos para adquirir por su cuenta los medicamentos requeridos.

II. LA SENTENCIA OBJETO DE REVISION

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle mediante providencia de fecha 12 de junio del 2000, decidió negar la acción de tutela incoada, con fundamento en los siguientes razonamientos:

En efecto estimó el Tribunal que:

“El Instituto de Seguros Sociales en el traslado de la acción de tutela, dió la siguiente respuesta:

...se solicitó al señor Coordinador de entrega de medicamentos del departamento de Planeación Operativa, no reportara la respuesta para dar a su despacho y se nos informa que el medicamento Akineton y Sinemet los hay en las farmacias de los CAAS, donde puede presentarse el interesado aportando los originales de las fórmulas.

En relación al medicamento Celance y Selgil por estar fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), resolución 5261 de agosto de 1994, dictado por el Ministerio de Salud, no está obligada a suministrarlo, pero si su señoría falla en contra de la EPS-ISS comedidamente solicitamos se nos remita el recobro en la subcuenta de promoción en salud del Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), en cumplimiento de lo ordenado en el acuerdo 093 de

1998, dictado por el Ministerio de Salud en defensa de los intereses de las EPS.”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. El problema jurídico.

Pretende el actor, a través de la acción de tutela que el juez proteja sus derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social, disponiendo el suministro de algunos medicamentos no contemplados en el POS, en razón a que padece el mal de Parkinson y a pesar de estar afiliado al ISS, tuvo que consultar médicos particulares, los cuales le recetaron varios medicamentos, pero que debido a su falta de recursos económicos no puede adquirir por su cuenta y los mismos son vitales para su calidad de vida.

Afirma que en 1998, mediante fórmula médica el neurólogo tratante del ISS de la ciudad de Cali solicitó los mismos medicamentos recomendados por los galenos particulares, tales como Akineton-Sinemet-Selegil y Celance.

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

Esta Corte ha sostenido¹ 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 ruinoso, 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 cardiaca
- 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. 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 parágrafo 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 2° 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 Nº 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. El Caso concreto

Visto lo anterior y descendiendo al caso concreto, estima la Corte que de los elementos probatorios obrantes en el expediente (folios 1-4) se configura una clara vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social, del actor pues los medicamentos requeridos por este son esenciales para superar una amenaza crítica a su vida y salud, pues padece de Parkinson. En consecuencia estima la Sala que en el evento concreto se dan todos los presupuestos jurídicos establecidos por la jurisprudencia de la Corte en eventos similares.

Así pues en este caso se reiteran los criterios fijados en anteriores fallos (T-347 de 1996 y T-260 de 1998), en donde se aplicó la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el art. 4 de la C.P. en relación con el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 emitida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el Acuerdo 08 de 1994 o equivalentes, pues está probado en el expediente (folio 7) que el actor carece de los recursos económicos suficientes para adquirir por su cuenta a título de copago el valor de los medicamentos requeridos, pues sus ingresos escasamente le permiten una vida apenas precaria, ya que debe pagar alimentación, vivienda, vestido y demás elementos para su congrua subsistencia.

Por lo tanto, el amparo invocado por el actor se torna procedente en este caso específico, no sin antes advertir que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (SU-111 de 1997, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999), la EPS del ISS puede repetir por el valor del costo de los medicamentos suministrados al actor ante el Fondo de Solidaridad y Garantías ((FOSYGA), en cumplimiento de lo ordenado en el acuerdo 093 de 1998, emanado de Ministerio de Salud en defensa de los intereses de las EPS.

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 Política,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia de fecha 12 de junio del 2000, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. En su lugar, conceder la acción de tutela solicitada por el actor, a los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social.

Segundo. INAPLICAR en el presente caso, por ser incompatible, el parágrafo 12 de la Resolución No. 5261 de 5 de agosto de 1994, emanada del Ministerio de Salud, o las disposiciones que en el mismo sentido, la hayan sustituido.

Tercero. CONCEDER al amparo solicitado y ordenado al ISS-Seccional Cali (Valle del Cauca), que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de las providencias entregue al actor los medicamentos requeridos y ordenados por el médico tratante: Akineton-Sinemet-Selegil y

Celance.

Cuarto. Declarar que la EPS del ISS tiene derecho a repetir contra el Ministerio de Salud - Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), para que éste reembolse el valor de los medicamentos suministrados al actor, en cumplimiento de este fallo.

Quinto. Por Secretaria general, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ

Magistrado Ponente

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

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