

T-385-98

Sentencia T-385/98

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Periodo mínimo de cotización para servicios de alto costo

DERECHO A LA SALUD-No se pueden oponer periodos mínimos de cotización ante situaciones de urgencia

SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Repeticón de EPS por sobrecostos

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Inicio de tratamiento por EPS sin cumplir periodo mínimo de cotización

Referencia: Expediente T-168.118

Acción de tutela presentada por José Manuel Hernández Contrera contra Saludcoop E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, en la sesión de la Sala Primera de Revisión, a los treinta (30) días del mes de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

El actor presentó, el quince (15) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998), acción de tutela ante el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia, por las siguientes razones:

Primero.- Hechos.

El actor, en su condición de padre del menor Nilson David Hernández Hernández, de cuatro (4) años, solicitó protección a través de la acción de tutela, pues considera que la E.P.S. Saludcoop está violando el derecho a la salud de su hijo, al negarse a realizarle una operación para solucionar una enfermedad genética que padece, y que, según explica el padre, consiste en una deformación del asta viril.

El actor está afiliado a la mencionada E.P.S. desde diciembre de 1996, entidad que le ha prestado atención médica al niño. Según evaluaciones realizadas por Profamilia y por médicos de Saludcoop, se determinó que el menor requiere una operación en la Clínica Masculina de Medellín. Sin embargo, por los altos costos, la E.P.S. se niega a autorizar este procedimiento.

Manifiesta el peticionario que esta operación no puede esperar, pues, el niño está creciendo, y puede verse afectado emocionalmente, si no se soluciona su problema, ya que están de por medio asuntos relacionados con su sexo. El padre no cuenta con recursos económicos, pues devenga el salario mínimo. Solicita la tutela como mecanismo transitorio.

El concepto del doctor Hoyos Miranda dice:

“Paciente de 3 ½ años, residente en Caucasia quien presenta hipospadia pene-escrotal lo cual necesita cirugía reconstructiva.” (folio 4)

La orden de interconsulta de Saludcoop, de fecha 25 de febrero de 1998, tiene el siguiente diagnóstico:

“Resumen de datos clínicos

“(…)

“Se solicita valoración por urólogo pediatra ante la dificultad de corrección ante la ausencia de prepucio.

“25/02/98 Urología Profamilia.

“4 años. Residente en Caucasia. Tiene hipospadia pene escrotal, pero fue circuncidado hace

un año en Caucasia. Se le explica al padre que es cirugía difícil, con alto riesgo de fístulos del nuevo túnel y necesidad de reintervención si esto ocurre.” (folio 6)

Segundo.- Actuación procesal.

Una vez avocado el conocimiento de esta acción, el Juzgado Penal del Circuito de Caucasia ordenó notificar de su iniciación a Saludcoop. También, solicitó información sobre el asunto a Profamilia, Clínica Masculina de Medellín, al médico urólogo y al médico auditor de Saludcoop.

Las respuestas respectivas, se resumen así :

a) Respuesta del Gerente Regional de Saludcoop.

Señala que el menor está afiliado desde diciembre de 1996, a esa entidad. La enfermedad que padece el niño es de las denominadas catastrófica o ruinosa, por corresponder a una malformación genética, que para efectos de su cubrimiento total, requiere de 100 semanas mínimas de cotización.

Según dice el representante de la entidad, al padre se le propuso compartir el costo de la operación, asumiendo el valor correspondiente, en forma proporcional, de acuerdo con la fecha de afiliación, así : el 69% del valor del tratamiento, a cargo de la entidad, y, el restante 31%, a cargo del padre. Este pago compartido está previsto en la ley 100 de 1993 y demás decretos que la reglamentan.

Aclara que no es competencia de Saludcoop autorizar o no un servicio o formular un medicamento, sino autorizar o no el cubrimiento de su cargo económico. Es el médico tratante el que diagnóstica, autoriza u ordena un procedimiento o medicamento, y el paciente, directamente, el que lo consiente.

Saludcoop al proponer el cubrimiento parcial, no está violando el derecho irrenunciable a la seguridad social del menor, por cuanto la irrenunciabilidad se predica de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos legales. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional.

Además, constitucionalmente es al Estado al que le corresponde garantizar la seguridad

social, si se está, como en este caso, frente a un servicio sobre el que no se ha cumplido el período mínimo de cotizaciones. El Estado puede garantizar la prestación del servicio de salud, a través del Ministerio de Salud o del Fondo de Solidaridad y Garantía, subcuenta ECAT (eventos catastróficos y accidentes de tránsito), e, inclusive, de la Superintendencia de Salud.

En relación con el caso concreto, manifiesta Saludcoop, al menor no se le está violando el derecho a la salud, ni está amenazada su vida. La E.P.S. en ningún momento le ha dejado de prestar los servicios asistenciales que ha requerido. Simplemente ha dado aplicación a la ley y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de que el suministro de determinados medicamentos y tratamientos está sujeto a períodos mínimos de cotización.

El padre del menor, por no disponer de recursos económicos para cubrir el valor del procedimiento, puede acudir a cualquier hospital o institución prestadora de servicios -IPS- de carácter público. Allí están obligados a prestarle el tratamiento, gratuitamente, si es el caso.

b) Respuesta del médico urólogo, doctor Arturo Arenas Arévalo, de Profamilia, Clínica Masculina de Medellín.

El médico informó al Juzgado que el menor fue atendido el 25 de febrero de 1998, “con hipospadía pene excrotal, por lo cual se debe realizar una cirugía de corrección electiva sin ser urgente.”

Además, dijo lo siguiente:

“Por tener cuatro (4) años no tiene conocimiento, ni uso de razón para darse cuenta de lo que está sucediendo, por este motivo no afecta la parte emocional.

“El paciente tiene sexo masculino determinado fenotípicamente y genotípicamente y la cirugía no determina su sexo, sólo reconstruye algo que no se terminó de formar.

“El paciente no tiene riesgos si no se le practica la cirugía reconstructiva, sólo que con el tiempo por la localización de la Fístula puede tener problemas de fecundidad.

“Se recomienda realizar inicialmente Resección de Fibrosis y posteriormente la cirugía definitiva que puede fallar por los tejidos tan adheridos que tiene.” (folios 29 y 30)

Tercero.- Sentencia que se revisa, del Juzgado Penal del Circuito de Cauca, de fecha 29 de abril de 1998.

El Juzgado Penal del Circuito denegó la tutela solicitada, por las siguientes razones:

Señaló que el derecho a la seguridad social está en directa conexión con el derecho a la salud. El Estado es el responsable del sistema de seguridad social, y, por consiguiente, debe brindar a los beneficiarios la atención médica, quirúrgica, hospitalaria, y, en general, todos los servicios necesarios, según dispone la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

El tratamiento quirúrgico que requiere el menor está considerado como una de las enfermedades de nivel IV en el POS. El afiliado, padre del menor, entró a cotizar en el sistema, en el mes de diciembre de 1996, es decir, no ha completado las 100 semanas mínimas que exigen las normas vigentes para que la E.P.S. contraiga la obligación de cubrir el costo total de la cirugía. En consecuencia, le asiste razón a la E.P.S. al proponer al usuario que cubra las semanas de diferencia.

Por otra parte, según concepto del médico tratante, la cirugía es necesaria, pero no urgente. Por lo tanto, podría esperarse un tiempo, sin que el paciente sufra el trauma emocional del que habla el padre.

Finalmente, el Juez manifiesta que habiendo consultado varios especialistas, por fuera del proceso, todos fueron del criterio de que en estos casos resulta más conveniente operar cuando el menor tenga 12 o 14 años.

En consecuencia, como la operación no es urgente y la E.P.S. no se ha negado a cubrir en ningún momento el porcentaje que por la ley le corresponde, no existe violación de derechos fundamentales, por lo que no procede la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera.- Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y del decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Lo que se debate.

Está probado en el expediente que el menor padece una enfermedad genética denominada “hipospadia pene escrotal”, que se encuentra definida como catastrófica o ruinoso, según el decreto 1938 de 1994.

El padre del menor interpone la acción de tutela pues, considera que la E.P.S. Saludcoop le viola el derecho a la salud del menor, al no autorizar la operación que, en concepto del padre, requiere con urgencia, en razón de que el niño está creciendo y se verá afectado emocionalmente, sino se soluciona rápidamente su deformación en los genitales. El padre manifestó que es de escasos recursos, sólo gana el salario mínimo, y la operación tiene un alto costo, que él no puede pagar.

La E.P.S. manifestó al Juzgado, que la enfermedad del menor es de las denominadas catastrófica o ruinoso. Que tomando la fecha de afiliación, el mes de diciembre de 1996, a la fecha de solicitud de la operación, la entidad le propuso al padre el pago compartido, de acuerdo con el número de semanas cotizadas, propuesta que favorece al peticionario, pues a éste le correspondería asumir el 31% del valor total del tratamiento. La E.P.S. señala que en caso de no aceptar esta fórmula, el actor debe acudir al Estado, que es el responsable de la seguridad social, cuando no se han cumplido las semanas mínimas de cotización previstas en la ley 100 de 1993, artículo 164.

Tercera.- El número mínimo de semanas de cotización, tratamientos urgentes y capacidad económica insuficiente.

Le asiste razón a la E.P.S. sobre la legalidad de la exigencia de un número de semanas mínimo para suministrar la prestación de algunos servicios denominados de “alto costo”. En efecto, la Corte Constitucional, en reciente sentencia, declaró exequible el inciso segundo del artículo 164 de la ley 100 de 1993, que dice:

“Artículo 164. (...)

“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 que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán

haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica.”

En el examen de constitucionalidad, la Corte manifestó, en lo pertinente:

“Así las cosas, cuando el usuario del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, requiera atención médica por una enfermedad cuyo tratamiento sea de alto costo, y no cumpla con el período mínimo de cotización, debe ser atendido por la entidad de salud a la que esté afiliado, pero con la condición de que pague una suma determinada por los servicios prestados, que según la norma antes transcrita es “el porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados” en ese mismo artículo. No se olvide que el usuario pertenece al régimen contributivo y, por tanto, se presume su capacidad de pago. Pero ¿qué ocurre cuando se presentan casos de urgencia?. En estos eventos, la misma ley 100/93 en su artículo 168, obliga a todas las entidades de salud de carácter público o privado, a prestar los servicios médicos correspondientes a todas las personas independientemente de su capacidad de pago. El costo de estos servicios está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, respectivamente.

“Entonces, bien puede afirmarse 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.

“El cobro de un porcentaje en dinero por la atención de enfermedades de alto costo, cuando no se hayan cumplido los períodos mínimos de cotización, tampoco viola la Constitución, pues ésta no prescribe que los servicios de salud deban ser gratuitos, salvo en lo que atañe a la atención básica, según se lee en el inciso cuarto del artículo 49 que textualmente reza: “La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”. Los servicios que comprende la atención básica, según el artículo 3o. del decreto 1938 de 1994 son “todas aquellas acciones de información y educación para la

salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz sobre las personas en patologías y riesgos con altas externalidades, o sobre las comunidades en el caso de enfermedades endémicas o epidémicas.”

“Además, el porcentaje de los costos que debe pagar el usuario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, lo fija la ley proporcionalmente con la capacidad socio económica del empleado, para evitar precisamente cobros irrazonables y desmesurados. (sentencia C-112 de 1998, M.P., doctor Carlos Gaviria Díaz)

Es decir, la Corte se pronunció sobre tres situaciones en este inciso: es constitucional el requisito de las 100 semanas mínimas de cotización, cuando se trata de servicios de “alto costo” en salud; no es posible oponer períodos mínimos de cotización ante situaciones de urgencia, pues se violarían los derechos a la salud y la vida de quienes requieran estos servicios de “alto costo”; y, el porcentaje que debe pagar el interesado, según el artículo 49 de la Constitución, lo fija la ley, de acuerdo con la capacidad económica del usuario, para evitar cobros irrazonables y desproporcionados.

Estos conceptos armonizan con la jurisprudencia reiterada de la Corte en relación con la facultad de las E.P.S. de acudir al Fondo de Solidaridad y Garantía, en los gastos adicionales en que incurra la entidad, cuando esté demostrada la urgencia y que el usuario no tiene los recursos económicos para cubrir el valor que le correspondería (sentencia T-114 de 1997).

Cabe recordar que la Sala Plena de esta Corporación, en la sentencia SU-480 de 1997, al reiterar la jurisprudencia sobre este asunto, precisó : “Pero, como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. (...) Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y Garantía, inspirado previamente en el principio constitucional de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de “promociones de la salud” (art. 222 de la ley 100 de 1993). Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.” (sentencia SU-480 de 1997, M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero)

En efecto, para el padre, es urgente la operación, pues teme por los efectos emocionales del niño, si no se realiza a la mayor brevedad. Existen otros conceptos médicos en el sentido de que se requiere la operación reconstructiva (dr. Rómulo Hoyos Miranda), y del doctor Oscar Alejandro Osorio de Profamilia que dice que es “una cirugía difícil, y con alto riesgo de fistulos del nuevo túnel y necesidad de reintervención si esto ocurre”. Por el otro lado está el concepto que la Clínica Masculina de Profamilia, de Medellín, suministró al Juez de esta tutela, en el sentido de que al menor se le debe practicar una cirugía de corrección electiva, “sin ser urgente”. Que dada la corta edad del niño, éste no está afectado emocionalmente. Además, la operación no determina el sexo del menor, pues, éste tiene sexo masculino, fijado fenotípica y genotípicamente. Lo que requiere es que se le reconstruya lo que no se le terminó de formar. Señala que “el paciente no tiene riesgos si no se le practica la cirugía reconstructiva, sólo que con el tiempo por la localización de la Fístula puede tener problemas para la fecundidad.”

Sin embargo, obra en este concepto una recomendación expresa : “Se recomienda realizar inicialmente Resección de Fibrosis y posteriormente la cirugía definitiva que puede fallar por los tejidos tan adheridos que tiene.”

Es decir, no existe un concepto médico sobre la urgencia o no de la operación, pero sí sobre la necesidad de iniciar un tratamiento, que para la Clínica Masculina consiste en “resección de fibrosis”.

En consecuencia, esta Sala de Revisión ordenará proteger el derecho a la salud del menor, pero bajo los siguientes criterios:

Como se dijo, no está demostrada la urgencia de la operación que probablemente requerirá el menor. Pero sí existe prueba sobre la necesidad de iniciar, inmediatamente, el tratamiento que aconsejan los especialistas, que según la Clínica Masculina de Medellín consiste en “resección de fibrosis”.

En consecuencia, se ordenará iniciar el tratamiento mencionado, tratamiento al que la E.P.S. Saludcoop no puede oponer la objeción de los períodos mínimos de cotización, para negarse a este tratamiento. Es decir, Saludcoop no puede invocar el artículo 164 de la ley 100 de 1993 (servicios de “alto costo”, que requieren períodos mínimos de cotización), pues, se está ordenando un tratamiento inicial y no la operación inmediata del menor, operación

clasificada como catastrófica o ruinoso, que sí requiere los períodos mínimos de que trata el artículo mencionado. Esta distinción está acorde con lo señalado en el artículo 26 del decreto 1938 de 1993, que expresamente establece que cuando se requiere el tratamiento inicial, su atención será inmediata, sin que el interesado tenga que someterse a períodos de espera, en razón de las semanas mínimas de cotización. En efecto, dice la norma mencionada, en lo pertinente:

“Artículo 26. (...)

“Parágrafo 1. Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera 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. (se subraya)

“(. . .)”

Además, como las decisiones que se adopten, no sólo inmediatamente, sino, en especial, en el futuro, pueden tener repercusiones en la vida del menor, pues, están relacionadas directamente con su dignidad humana, al corresponder a asuntos inherentes a su personalidad, la Sala solicitará la intervención del Instituto de Bienestar Familiar para que, a través de personal especializado (psicólogos, sexólogos, etc.), brinde el apoyo psicológico al niño y, eventualmente, a su familia, de manera integral. De esta manera, contará con toda la asesoría necesaria, para aminorar el impacto emocional, que con toda razón preocupa al padre. En este sentido, cualquier decisión que los médicos, los padres y la E.P.S. adopten, debe ser conocida y evaluada, también, por el personal especializado de ICBF, buscando el bienestar integral del niño.

Es decir, esta tutela se concede para que se adopten, según el momento oportuno y el concepto profesional pertinente, las decisiones más adecuadas para el menor, pues están de por medio su salud física y emocional. Protección especial que es desarrollo de lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, que señala, dentro de los derechos fundamentales de los niños, “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”, entre otros.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE :

Primero: REVOCAR la sentencia del veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia, en la acción de tutela solicitada por José Manuel Hernández Contrera, en nombre y representación de su hijo menor, Nilson David Hernández Hernández, contra Saludcoop E.P.S.

Segundo: En consecuencia, ordenar a Saludcoop E.P.S., para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice la iniciación del tratamiento que, según concepto médico especializado, sea el que requiere el menor, en la forma explicada en la parte motiva de esta sentencia. También se solicitará, para los efectos allí señalados, la intervención inmediata del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Para tal efecto, se le remitirá copia de esta sentencia al ICBF.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General