

T-528-99

Sentencia T-528/99

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Suministro de tratamiento de persona de escasos recursos sin cumplir periodo mínimo de cotización

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de tratamiento de alto costo sin cumplir periodo mínimo de cotización

DERECHO A LA SALUD-Práctica de intervención quirúrgica ordenada sin cumplir periodo mínimo de cotización en persona de escasos recursos

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

Referencia: Expediente T-212155

Peticionaria: Lilia Diaz

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los H. Magistrados ANTONIO BARRERA CARBONELL, VLADIMIRO NARANJO MESA Y FABIO MORON DIAZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de la acción de tutela incoada por la señora LILIA DIAZ, contra el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Ibagué.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de tutela a que se refiere el artículo 86 de la Constitución Política y el decreto 2591 de 1991, la señora LILIA DIAZ, demandó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, salud e integridad física, derechos que, a su juicio, le son vulnerados

por el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Ibagué.

Aduce la demandante, de 78 años de edad, que el día 13 de noviembre de 1997, se afilió al ISS, dentro del régimen contributivo de salud, que desde esa fecha viene efectuando los pagos pertinentes; actualmente, es decir, a la fecha de la interposición de la tutela, tiene 68 semanas cotizadas. Expone en su libelo, que el día 15 de diciembre de 1998 en su residencia, sufrió un accidente, el cual le afectó la cadera (lado izquierdo), por lo que el especialista del ISS de Ibagué, Dr. Diego Peña, mediante fórmula médica del 18 de diciembre de 1998 (N 1374279), dictaminó la necesidad de una “prótesis total de cadera”. Posteriormente, relata la demandante, el 2 de febrero de 1999, el precitado médico ordenó hospitalizar y practicar una cirugía consistente en un “reemplazo parcial de cadera izquierda” como quiera que la demandante había superado los obstáculos iniciales de úlcera varicosa, por lo que, en opinión del especialista del ISS, es urgente su intervención.

De otra parte, argumenta la demandante que, luego de elevar un derecho de petición a la entidad demandada, en la cual solicitó una cirugía de cadera, el día 15 de enero de 1999, el Gerente de la EPS – Instituto de los Seguros Sociales – Seccional Tolima, le respondió, negándosela, con el argumento, según el cual:

“durante su hospitalización fue valorada y tratada por el ortopedista quien consideró contraindicada cualquier intervención quirúrgica en cadera izquierda hasta tanto no se resuelva el proceso infeccioso por úlceras varicosas en miembros inferiores”.

Más adelante, continúa la respuesta de la entidad “el Instituto está obligado a dar aplicación al artículo 164 de la Ley 100 de 1993 y 61 del decreto reglamentario 806: “por lo tanto hasta que no se supere dicha patología no es indicado realizar la intervención quirúrgica “prótesis cementada de Thompson, dada la gran posibilidad de infección en estos momentos”.

Refiere la actora que el ISS, el día 18 de diciembre de 1998, a través de su médico tratante le ordenó prótesis total de cadera y como su tratamiento está contenido en el Plan Obligatorio de Salud como una enfermedad ruinosa o catastrófica o de alto costo, le exigen un período mínimo de cotización para que la entidad asuma la totalidad del costo para la práctica de la misma, lo cual, estima la demandante, resulta violatorio de sus derechos fundamentales, pues, ella es una persona pobre, anciana (78 años de edad) y carente de recursos económicos para sufragar el costo de tal operación, pues tiene que trabajar como modista

para subvenir a sus necesidades básicas.

Finalmente, expone que el especialista Dr. Diego Peña, adscrito al ISS, estima que es urgente y necesaria la cirugía para que se pueda movilizar, ya que la quietud en la cama en la que está postrada, puede terminar afectándole los pulmones y el corazón y por ende su vida.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Tolima, luego de admitir y notificar la acción de tutela referida al ISS Seccional Ibagué, mediante providencia de 8 de marzo de 1999, resolvió negar la acción de tutela.

En efecto, el A-quo estimó como argumento central de su providencia lo siguiente:

“El artículo 164 de la Ley 100 de 1993 dispone que el acceso a la prestación de servicios de alto costo para personas que se afilien al sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrá exceder de 100 semanas de cotización al sistema y el Decreto Reglamentario 806 de 1998 consagró que los períodos mínimos de cotización al sistema para tener derecho a la atención de salud en esta clase de enfermedades, definidas como catastróficas o ruinosas este período es de 100 semanas de cotización.

Sobre el punto repetidamente, se ha pronunciado la Corte Constitucional al revisar algunas acciones de tutela y uno de tales pronunciamientos es la sentencia que en copia anexó la accionante del 19 de noviembre del año pasado, en la que inaplicó el art. 61 del decreto últimamente mencionado por inconstitucional al violar algunos derechos constitucionales fundamentales.

Tal como se ha dicho reiteradamente en materia de tutela es necesario examinar cada caso en particular para ver hasta donde la negativa de la prestación del servicio de salud constituye violación al derecho a la vida porque, de un lado aquel no es fundamental por sí solo sino que adquiere su calidad de tal cuando al violarse se está también desconociendo algunos de los consagrados como fundamentales, tal es el caso del derecho a la vida, de tal manera que si no se presta oportuna, debida y diligentemente la persona corre el riesgo de morir y esto obviamente no es afirmación que pueda hacerse en todos aquellos casos en los que no se preste este servicio.

Fuera de lo anterior, cree este Tribunal que resulta demasiado atrevido el que los jueces se conviertan en los servidores que en ciertos casos deban determinar cuando, y como debe hacerse para la prestación de servicios de salud lo cual es menos admisible cuando se trata de aspectos técnicos que están reservados a especialistas en la materia; pero si hasta allá llega la función judicial, en el presente caso no puede afirmarse que el no realizar la cirugía en la cadera a la accionante se esté atentando contra el derecho a la vida, a menos que exista prueba científica que lleva a una afirmación contraria que en el presente asunto no se tiene”.

No obstante lo anterior, la demandante impugnó el fallo proferido por el Tribunal en forma extemporánea, pues la decisión quedó ejecutoriada el día 12 de marzo de 1999 y el recurso fue presentado por la actora en la Secretaría del Tribunal el día 19 de marzo de 1999.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El caso concreto

La demandante, quien dice contar con 78 años de edad, narra que el 13 de noviembre de 1997 (folio 1), se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, bajo el régimen contributivo para la atención en salud. El día 15 de diciembre de 1998, sufrió un accidente doméstico que le afectó la cadera, lado izquierdo, habiéndole sido ordenado por el especialista, adscrito al ISS (folio 5), Dr. Diego Peña, prótesis total de cadera y, luego, el día 2 de febrero de 1999 (folio 15), dispuso el mismo especialista, “la hospitalización y cirugía, consistente en un reemplazo parcial de cadera izquierda, con carácter urgente (prótesis de Thompson), pero que, al no tener las 100 semanas mínimas de cotización al ISS (art. 61 Decreto 806/98 reglamentario de la Ley 100 de 1993), la entidad le negó la prestación del tratamiento pertinente, por lo que solicita se le tutele el derecho fundamental a la vida, salud e integridad física y se le ordene al ISS, Seccional Ibagué, la práctica de la cirugía ordenada por el especialista cubriendo los

gastos de la misma.

En relación con la protección constitucional del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional¹ ha distinguido dos connotaciones: de un lado, la salud adquiere el rango de fundamental cuando está en riesgo el derecho a la vida u otro derecho fundamental, por ende, es susceptible de amparo a través de la tutela, y de otro lado, cuando no está en conexidad con otros derechos, adquiere el carácter de prestacional y puede ser exigible a través de otros medios judiciales de defensa, diferentes a la tutela.

Lo anterior permite deducir que los tratamientos médicos quirúrgicos y la entrega de medicamentos por parte de las empresas promotoras de salud pueden ordenarse por vía de tutela cuando se ampara la salud como derecho fundamental por conexidad, como tantas veces lo ha ordenado la jurisprudencia de esta Corte².

Ahora bien, el decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993, acogiendo los mandatos de su artículo 164, determinó que los tratamientos correspondientes a las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas del nivel IV, corren por cuenta de la EPS respectiva, siempre y cuando el usuario haya completado, como mínimo cien (100) semanas de cotización al sistema, de los cuales veintiséis (26) deberán haberse hecho en el último año.

No obstante lo anterior, en reciente jurisprudencia (T-619/98) esta Corte, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, en un caso similar expresó:

“Sin embargo, en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que la aplicación sin contemplaciones de las normas mencionadas, vulnera el derecho constitucional a la salud, en conexión con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento sometido a un mínimo determinado de cotizaciones al sistema cuando: 1.- 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; 2.- ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; 3.- el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie y 4.- el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento.”

En este orden de ideas, en criterio de la Sala y conforme al plenario probatorio obrante en el expediente (folios 1 a 16) las anteriores condiciones se encuentran satisfechas a cabalidad en el presente caso, pues la falta de la intervención quirúrgica (trasplante total o parcial de cadera o “prótesis cementada de Thompson”), conduce a quien la padece a que se le vulnere su derecho a la salud e integridad física. En segundo lugar, la demandante no cuenta con un ingreso económico suficiente para asumir el costo del tratamiento por su cuenta, ni puede obtenerlo por un plan complementario (folio 24). Finalmente el tratamiento fue prescrito por el médico ortopedista tratante de la paciente, quien trabaja para el ISS, Seccional Ibagué y no puede ser sustituido por otro que no esté sometido al cumplimiento de un período mínimo de cotizaciones al sistema (folios 13 a 16).

Así las cosas, la hermenéutica, conforme a la Constitución, del conjunto de disposiciones jurídicas que regulan el mínimo de semanas cotizadas para enfermedades catastróficas o ruinosas, vale decir el decreto 806 de 1998, reglamentario del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, obliga al Juez de Tutela, a ponderar, en el caso concreto el derecho a la salud en conexidad con la vida del paciente que no ha cumplido con las mínimas cotizaciones y el interés económico propio de las Empresas Promotoras de Salud, para una vez desarrollado el cotejo, procurar conciliar los intereses enfrentados, por lo tanto, teniendo en cuenta que la aplicación del artículo 61 del decreto 806 de 1998 es inconstitucional en este caso concreto, puesto que vulneran algunos derechos constitucionales fundamentales de LILIA DIAZ, procederá la Sala a inaplicarlo, de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política. En consecuencia, la Sala, revocará la sentencia de primera instancia y ordenará tutelar los derechos fundamentales de la demandante, ya que dentro del expediente obran elementos de juicio suficientes que permiten concluir que la accionante se encuentra en condiciones de salud muy difíciles que imponen la práctica urgente de una intervención quirúrgica, la cual no es brindada por el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Ibagué.

En consecuencia, aplicando la jurisprudencia a que se ha hecho referencia³, esta Sala ordenará que la EPS del ISS -Seccional Ibagué, practique la intervención quirúrgica del trasplante de cadera a la solicitante de la presente tutela en el menor tiempo posible, pero con el ánimo de preservar los intereses económicos de EPS, posteriormente la misma podrá repetir el pago de los sobrecostos en que incurra contra la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantías del Sistema de Seguridad Social en Salud.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional., administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución Nacional.

RESUELVE

Primero. Revocar la sentencia de 8 de marzo de 1999, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó la acción de tutela. En consecuencia, CONCEDERA la tutela de los derechos a la vida en conexidad con la salud de la señora LILIA DIAZ.

Segundo. Inaplicar por inconstitucional, para el caso concreto, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, el artículo 61 del decreto 806 de 1998.

Tercero. Ordenar a la EPS del ISS, Seccional Ibagué, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación de la presente providencia, preste la atención médica e inicie los procedimientos pertinentes necesarios y practique, de acuerdo con lo prescrito por el médico tratante de su caso, el transplante de cadera formulado, sin exigirle el pago de porcentaje alguno en relación con el costo del tratamiento, el cual deberá ser adelantado y asumido económicamente en su totalidad por la EPS del ISS, Seccional Ibagué.

Cuarto. Advertir que la Empresa Promotora de Salud del ISS, puede repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías del Sistema de Seguridad Social en Salud subsistema de enfermedades catastróficas por el porcentaje de semanas de cotización que le falte a la usuaria para el mínimo de las cien (100) semanas y por lo que sobrepase del valor de la intervención quirúrgica a que se refiere el numeral anterior.

Quinto. Líbrense por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia T-528/99

Referencia: Expediente T-212155

Peticionaria: Lilia Diaz

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, aclaro mi voto en torno a la Sentencia adoptada por la Sala Octava de Revisión de tutelas en el asunto de la referencia, por las razones que a continuación expongo.

He apoyado la Sentencia en acatamiento a la jurisprudencia sentada por la Corte en torno a la atención médica de personas afiliadas al Plan Obligatorio de Salud, cuando éstas no cumplen con los periodos mínimos de cotización exigidos por las normas reglamentarias para poder acceder a la prestación de ciertos servicios médicos y de algunos procedimientos.

Conforme con dicha jurisprudencia, la aplicación de las referidas normas puede vulnerar derechos fundamentales cuando quiera que la falta del tratamiento denegado comprometa no sólo la salud, sino la vida misma del afectado, o su vida en condiciones dignas. Así, cuando el no practicar el tratamiento prescrito por el médico adscrito a la EPS, amenaza la vida, sin que dicho tratamiento pueda ser sustituido por otro no sometido a periodos mínimos de cotización, y sin que el afectado cuente con recursos propios que le permitan hacerse cargo del costo del procedimiento, la entidad prestadora del servicio de salud debe llevarlo a cabo, pudiendo repetir contra el Estado por el sobre costo que no estaba jurídicamente

obligada a asumir.

Sin embargo, considero necesario aclarar que dicha jurisprudencia debe ser aplicada de manera muy restrictiva, previa comprobación plena de las circunstancias que dan lugar a su acogida. Esto es, debe estar debidamente probado que el afectado realmente carece de medios económicos para sufragar el tratamiento y que la carencia del mismo efectivamente compromete en forma grave su vida o su dignidad. Razones de rango constitucional muy claras avalan esta posición restrictiva.

La Carta concibe la salud como un derecho prestacional, en principio no fundamental, y por ello de aplicación no inmediata. En efecto, el artículo 49 superior, referente al tema de la atención de la salud por parte del Estado, se ubica dentro del Capítulo II del Título II de la Carta, relativo a los derechos sociales, económicos y culturales. La caracterización del derecho a la salud como derecho prestacional, corresponde a una tendencia internacional en nuestro tiempo. Razones que tocan con la situación de subdesarrollo o de crisis por la que atraviesan comúnmente las naciones, hacen imposible pensar que el Estado o la sociedad satisfagan todas y cada una de las necesidades sociales, económicas o culturales de los individuos y los grupos. De ahí la imposibilidad fáctica de consagrar con efecto jurídico de aplicación inmediata determinados derechos de carácter social. En otras palabras, razones de justicia distributiva derivadas de la escasez que debe administrar el Estado, impiden la consagración jurídica de la eficacia directa de ciertos derechos sociales, entendida esta eficacia como la posibilidad de reclamarlos judicial o extrajudicialmente sin que medie una ley que desarrolle la Constitución indicando en qué circunstancias y bajo qué condiciones es posible tal reclamación. Este es el caso del derecho a la salud.

De otro lado, el principio de solidaridad que determina, entre otros, la particular axiología constitucional, hace que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, llamados de segunda generación, sea cometido en el cual todos los asociados estén comprometidos. De ahí que el sistema de seguridad social en salud se estructure con fundamento en ecuaciones económicas que prevén la cotización de los afiliados en proporción directa con su capacidad económica, cotización con base en la cual, a partir de cálculos actuariales, resulta viable, en términos matemáticos, la atención global de los diversos riesgos en salud de la población. Por ello, el rompimiento del modelo financiero que sustenta la prestación del servicio de seguridad social en salud, debe mirarse como muy

excepcional, y el ejercicio de la acción de tutela, cuando involucra esta pretensión, debe ser examinado por el juez constitucional con criterios más restrictivos que aquellos que predominaron en la concesión del presente amparo judicial.

Por ello, estimo que la Corte debe ser particularmente cauta en respetar las disposiciones de rango legal que determinan las circunstancias en las cuales se tiene derecho a las prestaciones previstas en el plan obligatorio de salud, estableciendo la inaplicación de dicha preceptiva sólo en los casos excepcionalísimos antes mencionados, so pena de usurpar competencias que sólo corresponden al legislador.

En los anteriores términos, dejo aclarado mi voto,

Fecha ut supra,

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

1 SU-111/97, SU-039/98, T-236/98, T-395/98, T-489/98, T-560/98, T-286/98, T-013/98, SU-480/97, T-606/97, T-505/98 entre otras.

2 SU-111/97 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-480/97 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, C-112/98 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, T-328/98 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

3 T-328/98 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz , T-060/99 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-611/98 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell