T-606-97

Sentencia T-606/97

PLAN DE ATENCION BASICA EN SALUD-Prestación por el Estado/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Prestación por EPS

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Periodos mínimos de cotización

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliación es al sistema y no a la E.P.S.

DERECHO A LA VIDA-Suministro de medicamentos no contenido en listado oficial

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el Estado por medicamentos que no figuren en listado

Referencia: Expediente T-140663, 140669, 140986, 141527, 141970

Procedencia: Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, Juzgado 6 Laboral de Medellín, Juzgado 38 Penal Municipal de Medellín, Juzgado 12 Laboral de Medellín, Tribunal Superior Sala Laboral de Medellín.

Accionantes: Rafael Ramírez Londoño, Ligia Betancur Correa, Nora Edilma Moscoso de Castro, Marinella Benítez Barrera, Omar León Vargas

Temas:

Afiliación al Sistema de Seguridad Social

Cotizaciones

Cuándo se puede repetir contra el Estado

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y siete

(1997).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En las acciones de tutela de la referencia se ordenó por la Sala de Selección la acumulación del expediente 140598, salvo que la Sala de Revisión considerara lo contrario. Esta Sala de Revisión, mediante auto de 30 de octubre del presente año, ordenó la desacumulación del citado expediente 140598 por no corresponder al mismo tema de los cinco casos motivo del presente fallo, luego sólo se fallará respecto a las mencionados cinco tutelas.

A N T E C E D E N T E S

1.1 . El expediente 140663 contiene la acción de tutela instaurada por Omar León Vargas, en representación de su menor hijo OMAR DOUGLAS LEON AGUILAR, contra la entidad SALUDCOOP, con base en los hechos que en la sentencia de primera instancia se plantaron de la siguiente forma :

“El señor OMAR LEON VARGAS, como trabajador fue afiliado a la empresa promotora de salud SALUDCOOP por la entidad GENTE OPORTUNA en noviembre 18 de 1996, posteriormente, en febrero 13 de esta anualidad, como beneficiarios del cotizante ingresaron al plan obligatorio de salud, su esposa y sus menores hijos, entre quienes se cuenta el niño OMAR DOUGLAS LEON AGUILAR.

Luego de chequeos médicos realizados al menor en la Fundación Cardioinfantil y a cargo de la E.P.S., por el médico tratante se programó cirugía de “ORQUIDOPEXIA”, inicialmente para

el 20 de junio y posteriormente para el 18 de julio del año que avanza, cirugía esta, que según consta en los certificados aportados, es ambulatoria y se pospuso por presentar el paciente cuadro viral.

La cirugía a realizar está determinada, según la Resolución 5261 de 1994, que clasifica patologías y cirugías, entre otras, en el grupo 9, correspondiendo al nivel III de complejidad médico quirúrgica (arts. 64 y 116) como fijaciones quirúrgicas en el testículo, que no corresponde o clasifica dentro de aquellas situaciones o patologías denominadas catastroficas o ruinosas, que representarían peligro no solo para la salud sino para la vida misma, como son transplantes renales, cirugías cardiacas, pacientes infectados por VIH, enfermedades cancerígenas, etc. (art. 117 Res. 5261 de 1994).

Acaeció que programada la cirugía, el padre del menor fue informado por la E.P.S., que el valor que tal demandaba no podía ser cubierto en su totalidad por la entidad, habida cuenta que las semanas que llevaba cotizando el trabajador no alcanzaban el tope exigido para esta clase de intervenciones, a las voces del Decreto 1938 de 1994 que reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, alcanzado el cubrimiento solamente al 58.8% debiendo cubrirse el excedente por el trabajador.

Ante esta situación, estando en imposibilidad económica de cubrir los gastos acude el señor OMAR LEON VARGAS en acción de tutela en procura que por este trámite se ordene a la E.P.S. cubrir en su totalidad los gastos que demande la intervención quirúrgica de su menor hijo, que afectado está en su salud por la no realización del procedimiento quirúrgico conocido como ORQUIDOPEXIA.”

1. Le correspondió tramitar la solicitud al Juzgado 39 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. Mediante fallo del 29 de julio del presente año no concedió la tutela por estas razones :

“Según la documentación aportada por la entidad demandada, se tiene el que el trabajador se afilió al sistema de la seguridad social, por primera vez, ante SALUDCOOP, en noviembre 18 de 1996 y aunque hasta en febrero de 1997 reportó sus beneficiarios, los mismos podían acceder al plan de salud desde la misma fecha de afiliación, empero, cuando requirió la cirugía para su menor hijo, no podía exigir de la entidad el cubrimiento total de los gastos,

toda vez que para la fecha de la misma (julio 18 de 1997) no cumplía con el requisito de las 52 semanas de cotización exigidos, según se desprende del artículo 26 del Decreto 1938 de 1994.

Téngase en cuenta además, que la misma Ley, el citado Decreto, la Resolución 5261 de 1994 y los Acuerdos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud promulgados, han establecido también mecanismos para facilitar la oportuna atención médica (hospitalaria quirúrgica, de medicación), a través de la figura del copago y de las cuotas moderadoras, por los cuales, ante la eventualidad de no cumplirse con el requisito de las semanas mínimas de cotización para acceder a tal o cual tratamiento, por el afiliado puede cubrirse el faltante acudiendo a uno u otro procedimiento, que bien podía ser tomado por el accionante, para totalizar los gastos que la atención quirúrgica de su hijo ameritaba.

El hecho de que la entidad promotora de salud no hubiese cubierto todos los gastos que la cirugía de ORQUIDOPEXIA demandaban, no significa que se haya vulnerado o atacado derecho fundamental alguno, ni para el trabajador ni para su menor hijo y menos el de la salud y seguridad social, por cuanto, no se le negó el tratamiento ni se le dejó huérfano o al margen del plan de salud tomado al afiliarse como trabajador cotizante, no, simplemente se limitó SALUCOOP a cubrir lo que por ley le es obligatorio a tal punto, que la intervención se realizó, siendo pagada, en la proporción que la demanda específico (58.8%), amparados en las semanas que se habían cotizado y en forma proporcional. El saldo, a cargo del trabajador afiliado quedaba, pudiendo acudir a los mecanismos que la misma ley de seguridad social a su disposición puso.

No era tampoco catastrófico, ruinosa o de alto riesgo para la vida, la intervención quirúrgica al menor realizada, para que llevase a predicar y exigir inmediata atención y cubrimiento, ahí su total, hasta lograr la recuperación del paciente, de la E.P.S., pues si se revisa la Resolución 5261 de 1994, que clasifica en grupos y niveles las patologías y procedimientos, la llamada ORQUIDOPEXIA no aparece dentro de las bajo ese nombre relacionadas, sino como aquellas electivas o susceptibles de ser programadas, que por su naturaleza, no configuran inminente peligro para el paciente, al punto de que ad portas de la muerte pueda estar por la no realización de la intervención, en la fecha programada.

Y tan evidente resulta que no es de aquellas patologías catastróficas la padecida por el

menor hijo del accionante, que incluso llegó a postergarse su realización hasta el 18 de julio en curso, luego, palmario es concluir que si admitía programación, pues el tratamiento se inició desde abril 28, mal puede llegarse a predicar vulneración al derecho fundamental de la salud y por ende de la vida misma. Igual suerte corre el postulado de ataque a la seguridad social, por cuanto, repítese, el beneficiario no ha sido excluido del derecho a promoción, fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación en materia de salud (art. 162 Ley 100 de 1993).”

1. El expediente T-140669 contiene la acción de tutela instaurada por MARINELLA BENITEZ BARRERA contra SUSALUD E.P.S. Los hechos los simplifica el juzgado de primera instancia así :

“Que se encuentra afiliada al servicio de salud en la E.P.S. SUSALUD S.A., y que en la actualidad requiere de una cirugía de córnea por prescripción médica de carácter urgente, pues que existe el riesgo latente de perder el otro ojo debido a la propagación y prolongación de la enfermedad, con las consecuencias de limitarse el normal desarrollo de sus labores y vida natural.

Exigidos requisitos por el Despacho y cumplidos en oportunidad legal, la peticionaria indicó que por urgencias fue remitida al Dr. LUIS FERNANDO MOLINA, quien la evaluó y ordenó cirugía de su ojo en forma urgente. Que en SUSALUD fue atendida por la trabajadora social quien le manifestó que debía pagar el valor total de la cirugía por no tener derecho, ya que le faltaba tiempo de cotizaciones y antigüedad, ante lo cual expresó estar en incapacidad material de pagar lo correspondiente, pero que solicitó le concedieran una prerrogativa de pagar en cuotas, los $900.000,oo que vale la cirugía, solicitud que le fue negada”.

1. “Como hemos argumentado al inicio del presente escrito, solicitamos se condene al empleador Señora Beatriz Elena Sanín Vélez,... cubrir el valor total de la cirugía de transplante de cornea, y se declare la acción de tutela improcedente contra SUSALUD E.P.S.

1. Si el Señor Juez considera que no se debe ordenar al empleador el pago del tratamiento, solicitamos se ordene al Estado que por intermedio de una de sus Empresas Sociales del Estado proteja el Derecho Fundamental a la Vida y el conexo de la Salud de la accionante, y se declare la acción de tutela improcedente contra SUSALUD E.P.S., pues, la conducta de la entidad que represento en el sentido de no pagar sino un porcentaje del valor total del tratamiento, es legítima en todo momento. Para los efectos de esta petición se puede citar a su despacho a una cualquiera de las siguientes entidades para que en cabeza del Estado asuman el suministro de estas prestaciones:

Hospital General de Medellín

Hospital la María (Medellín)

Hospital Rosalpi (Bello)

Hospital Marco Fidel Suárez (Bello)

Hospital Santa Margarita (Copacabana)

1. En subsidio de las peticiones anteriores, y de considerarse, por cualquier motivo, que la mora del empleador no afecta la afiliación de la accionante a SUSALUD E.P.S., o de sanearse esta mora por parte de aquel, solicito señor Juez se declare la acción de tutela improcedente contra SUSALUD E.P.S., pues, la conducta de la entidad que represento en el sentido de no pagar sino un porcentaje del valor del tratamiento, es legítima en todo momento.

1. En subsidio de las peticiones anteriores, y si por cualquier motivo el Señor Juez considera que la acción de tutela es procedente respecto de SUSALUD E.P.S., solicitamos se ordene a SUSALUD como E.P.S. a la cual se encuentra afiliada la accionante, el pago del procedimiento requerido por ella, y se faculte a SUSALUD E.P.S., para recuperar los gastos adicionales en

que incurra de la Nación Colombiana con cargo al Fondo de reconocimientos de enfermedades catastróficas u otros recursos con destino al Plan Obligatorio de Salud o, en último caso con los asignados al presupuesto al Ministerio de Salud Pública."

1. El Juez 6 Laboral del Circuito de Medellín, el 22 de julio de 1997, en decisión que no fue impugnada determinó :

"TUTELAR el DERECHO A LA SALUD y A LA SEGURIDAD SOCIAL invocados en acción de tutela por la joven MARINELLA BENITEZ BARRERA, identificada con C.C. 43.842.677 de Itagui (Ant.) contra SUSALUD E.P.S., para que en forma inmediata proceda a ordenar el trasplante de córnea diagnosticado a la citada, intervención que deberá practicarse dentro del término de 48 horas, pudiendo repetir contra la Nación colombiana, y con cargo al fondo de reconocimiento de enfermedades catastróficas u otros recursos disponibles con destino al PLAN OBLIGATORIO DE SALUD o en su defecto, con los recursos asignados en el presupuesto de Salud Pública, respecto de los gastos adicionales en que incurra, tal como quedó explicado en la parte motiva de este proveído."

1. La explicación que se da en la parte motiva es del siguiente tenor :

"Resulta evidente que la conducta de la entidad accionada es legítima y que se ajusta a las normas reglamentarias de los denominados períodos mínimos de cotización que la ley contempla para ciertos casos, pero no menos es que su afiliada se encuentra ante un grave problema de salud que implica la necesaria y urgente atención que la misma entidad ha reconocido al afirmar que "En este sentido, a la afiliada, al acceder a los servicios de salud del Plan Obligatorio de Salud, le fue prescrito la necesidad de realizar un procedimiento de trasplante de cornea", y que "… de no realizarse el procedimiento, la vida y la salud de la señorita accionante puede correr un inminente peligro".

Así las cosas, no queda duda de que la peticionaria es beneficiaria del Sistema de Seguridad Social en Salud y que la E.P.S. a la que está afiliada no es responsable directa de prestarle la atención de los servicios médicos asistenciales y quirúrgicos involucrados en el trasplante del

órgano, diagnosticado como urgente y que por este medio reclama, pues como se anunció y lo explicó la entidad reclamada, no se han cumplido los requisitos mínimos de semanas cotizadas conforme a las normas legales que para el efecto se encuentran vigentes, particularmente las que reglamentan los períodos mínimos de cotización para el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas, situación que en verdad legitima la conducta de la accionada, y que implicaría desatender las súplicas de la tutela en su contra, y en contra de quien fuera su empleadora, pues la misma peticionaria afirmó que era ella quien pagaba los aportes correspondientes cuando podía trabajar.

Centra entonces el Despacho su análisis jurídico en el hecho de la preferencia y prevalencia de la normatividad Constitucional invocada y que, en virtud de los artículos 48 y 49 de la C.N. y de la normas legales, la peticionaria en calidad de afiliada al Sistema de Seguridad Social tiene derecho a conservar el órgano de su visión, pues el mismo Estado ha consagrado en favor de los ciudadanos que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, hacer prevalecer sus derechos por vía de tutela, situación en la que indudablemente se encuentra la joven peticionaria, quien pueda brindar su señora madre como empleadora doméstica en oficios varios, lo que le impediría el cubrimiento de los altos costos que implican la intervención quirúrgica que requiere, como también cubrir el pago de las cotizaciones mínimas que le darían derecho a tal servicio, y por lo mismo su atención corresponde asumirla al Estado Colombiano, según lo establecido por el art. 49 de la C.P. que prescribe:… “ La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de las salud”, e garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” obligación que debe atender con los fondos de solidaridad social la salud.

Pero en razón a que contra el Estado no fue interpuesta la tutela y no existe otro medio de protección de los intereses de la peticionaria o que podrían resultar ineficaces ante la amenaza de la gravedad de su enfermedad y la irreversibilidad del daño que podría ocasionarse a su salud y a su vida, se atenderá la petición formulada como última alternativa por parte de la entidad SU SALUD E.P.S. como es el de ordenarle proceda inmediatamente a ordenar el trasplante de córnea diagnosticado a la señorita MARINELLA BENITEZ BARREA, intervención que deberá practicársele dentro del término de 48 horas, pudiendo repetir contra la Nación Colombiana, y con cargo al fondo de reconocimiento de enfermedades

catastróficas u otros recursos disponibles con destino al PLAN OBLIGATORIO DE SALUD o en su defecto, con los recursos asignados en el presupuesto de Salud Pública, respecto de los gastos adicionales en que incurra, posibilidad que debe admitirse tal como lo ha resuelto la H. Corte Suprema de Justicia, según Sentencia T-114-97 del 6 de marzo de 1997".

1. El expediente 140986 contiene la tutela presentada por NORA EDILMA MOSCOSO DE CASTRO contra CAFESALUD E.P.S. y planteó estos hechos :

"Mi hija CARLA CRISTINA CASTRO MOSCOSO está afiliada como cotizante a CAFESALUD E.P.S. en el régimen de seguridad social en salud. De conformidad con sus derechos me tiene a mi debidamente inscrita como beneficiaria.

En tal carácter acudí a los médicos de CAFESALUD, quienes me remitieron al Instituto cardiovascular y de Estudios Especiales Las Vegas S.A. IN CARE. Allí los especialistas el día tres de junio de 1997 me diagnosticaron "Espasmo de la ilíaca y femoral común derecha con leve estenosis en el origen de la femoral derecha".

Ni yo ni mi familia disponemos de los recursos económicos para cubrir ese 79% de la cirugía y el tratamiento que requiero.

Acudí luego a donde el doctor ANDRES DUQUE URIBE, Médico Especialista en Enfermedades Vasculares, con registro 3469, quien conceptúo lo siguiente: "La señora en mención de 47 años, presenta estenosis de características severas en la aorta abdominal común derecha la cual requiere tratamiento con relativa urgencia dada la edad de la paciente y la inminencia de la oclusión total de la aorta".

Como se observa el tratamiento que requiero, en concepto de los especialistas, es URGENTE, por las graves consecuencias que pueden sobrevenir si no se me practica.

Considero que esa cirugía debe ser cubierta en su totalidad por CAFESALUD E.P.S. debido a que es una cirugía con carácter de URGENCIA, para la cual no se deben tener en cuenta las semanas mínimas cotizadas tal como me lo vienen exigiendo. Además mi cirugía no debe ser catalogada como programada, ya que requiero ser intervenida quirúrgicamente de urgencia como lo estipula el médico vascular que realizó los exámenes, puesto que los

trombos que tengo pueden desarrollarsen rápidamente y ocasionar la oclusión total de las arterias, atentado contra mi integridad física y mi propia vida. La ley 100 de 1993 al reglamentar la seguridad social en salud, lo hizo con la finalidad de brindar posibilidades eficaces de salud a los colombianos.

El Decreto 1938 del 5 de agosto de 1994, en su artículo 37, numeral "c" dispone que el pago máximo porcentual por estrato socioeconómico será así: Para los estratos 1, 2, y 3, el 10% aplicable al valor de la actividad o procedimiento, sin que sobrepase los dos salarios mínimos vigentes. Para los estratos 4, 5 y 6 el 20% del valor máximo total del procedimiento sin que sobrepase cuatro salarios mínimos vigentes.

Entiendo que no existe norma que establezca que yo deba pagar el 79% y la E.P.S. solo el 21% de la cirugía urgente que requiero por ser ella, según lo afirma CAFESALUD, una enfermedad ruinosa. Yo no estoy solicitando que me sea colocado el Sten, sino simplemente que se me haga el procedimiento convencional para que mi vida ni peligre…

Debo insistir en la imposibilidad que tengo, lo mismo que mi familia, de asumir el costo de la cirugía y del tratamiento en general y en tales circunstancias, el comportamiento omisivo de CAFESALUD E.P.S. constituye una vulneración de mis derechos constitucionales fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL y a la SALUD, en conexidad con los de la INTEGRIDAD FISICA y LA VIDA, garantizados por los artículos 11, 48 y 49 de la Carta Política."

1. El 24 de julio de 1997, el Juez 38 Penal Municipal de Medellín, declaró improcedente la tutela, con estas consideraciones :

"Resulta evidente que la señora NORA EDILMA MOSCOSO DE CASTRO requiere tratamiento quirúrgico denominado ANGIOPLASTIA y STENT, tal como lo han diagnosticado los médicos tratantes y los médicos legistas, así como lo ha referido la demandante y como lo ha reconocido la entidad, siendo por demás ineludible la práctica de la operación en un término de tres meses. Es obvio que la enfermedad es grave, pues tal como lo especifica el galeno tratante a folios 16 del cuaderno original, el tratamiento se requiere con relativa urgencia. Tratándose de una urgencia absoluta, debe presentarse en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicio de salud a todas las personas, sin

considerar la capacidad de pago, sin necesidad de contrato ni orden previa, según lo estipula el artículo 168 de la Ley 100/93 en su inciso 1º, complementado en el artículo 10 de la Resolución 5261/94 en su inciso 2º.

En el caso a estudio, estamos frente a una beneficiaria de la afiliada a la E.P.S. CAFESALUD, medicina prepagada, teniendo derecho a atención en salud por parte de la entidad, y éste es adquirido de acuerdo a un contrato que el Ley para las partes. La E.P.S. accionada sí tiene la obligación adquirida libre y voluntariamente de hacer la orden de pago de servicios médicos, todo ello se desprende de la Ley 100/93 y sus decretos reglamentarios que establecen el alcance del derecho a la Seguridad Social para los afiliados y vinculados al sistema general. Estas E.P.S. pueden contratar con sus afiliados otras prestaciones complementarias o ampliar el contenido de las que estipula la Ley, de conformidad con el artículo 169 de la Ley antes mencionada.

Precisamente la Gerente de la Sucursal de CAFESALUD E. P.S., en su escrito dirigido al Despacho, hace alusión a que la afiliada tiene derecho a la cobertura integral por parte del plan obligatorio de la entidad desde el momento del contrato efectuado el día veinte de enero de la presente anualidad, habiendo cotizado hasta el momento de su comunicación 26 semanas. Por requerir la quejosa una cirugía de alto costo para la prestación del tratamiento quirúrgico, se hace necesaria una cotización mínima de 52 semanas, por lo cual para acceder al servicio antes del plazo indicado, debe cubrir un porcentaje del valor total del tratamiento, cantidades ya discriminadas, para darse la autorización de servicio con el fin de que se le practique la operación requerida.

Efectivamente, sí observamos la normatividad vigente, encontramos que jurídicamente la E.P.S. está respaldada legalmente en el artículo 26 del decreto 1938/94, donde se específica los criterios para fijar períodos mínimos de cotización al sistema y tener acceso a la atención en salud de enfermedades de alto costo, situación que se da en el sub-jídice, donde el tratamiento de acuerdo a la patología padecida por la señora MOSCOSO DE CASTRO, es de ANGIOPLASTIA y STENTEN, catalogado en el grupo 12 de los no establecidos en el MAPIPOS.”

El fallo no fue impugnado.

1. El expediente T-141527 se refiere a la solicitud interpuesta por LIGIA BETANCUR CORREA contra SUSALUD E.P.S.; ella habla a nombre de su padre HERNANDO DE JESUS BETANCUR PEREZ y explica :

“Los hechos son como sigue. Actualmente mi hermana CLAUDIA VICTORIA se encuentra afiliada a SUSALUD E.P.S. y con continuidad desde junio del año anterior. Mi señor Padre, Hernando de Jesús Betancur Pérez de sesenta y ocho (68) años de edad, es beneficiario de dicha afiliación.

Según certificado del urólogo Gustavo Adolfo V. médico tratante de mi señor padre, éste “presenta un carcinoma de próstata en estado terminal”. Para el tratamiento recetó Eulexín (génerico: Flitamida). Esta medicación no la reconoce SUSALUD E.P.S., aduciendo que no se encuentra en el listado de medicamentos esenciales del Plan Obligatorio de Salud.

Según se desprende de una consulta solicitada al señor FELIPE AGUIRRE ARIAS, Secretario de Seguridad Social en Salud de Medellín, la droga ordenada es efectivamente parte del tratamiento quimioterapeútico amparado por la legislación vigente.

Es necesario sentar el precedente de que mi padre inicialmente estuvo cubierto, hasta el mes de junio del año anterior, por el Instituto del Seguro Social, que contempla hasta el presente en su listado de drogas el suministro de aquella que se le recetó. Al Instituto estuvo afiliada mi hermana CLAUDIA VICTORIA desde junio 10 de 1986 hasta junio de 1996, cuando el asesor representante de SUSALUD E.P.S., aún teniendo conocimiento del estado de salud del señor HERNANDO, y con la intención de vender la prestación del servicio por ésta última entidad, prometió que en ella mi señor padre se encontraría “mejor atendido”, conduciendo a CLAUDIA VICTORIA al cambio de afiliado de la E.P.S.. Ahora nos encontramos gravemente perjudicados por las omisiones de SUSALUD E.P.S., y a su subsanación se dirige la presente ACCION DE TUTELA”.

1. El fallo , por cuenta del Juzgado 12 Laboral de Medellín, se produjo el 26 de junio de 1997, denegando la solicitud, por lo siguiente:

“Es un hecho así mismo acreditado la enfermedad terminal que padece el señor Betancur

Pérez consistente en “carcinoma de próstata en estado terminal”, así lo expresa tácitamente la entidad Promotora de Salud demandada en tutela quien en ningún momento intento discutir, además, el estado del citado paciente.

Al mencionado enfermo le fue formulada una droga para continuar con el tratamiento al que venía siendo sometido la cual es EULEXIN (Genérico: Flutamida). De conformidad con el artículo 23 del Decreto 1938 de 1994, la droga obligatoria por parte de estas entidades promotoras de salud para su suministro.

Considera el Despacho que en ningún momento se está atentando por parte de la entidad llamada en tutela al enfermo terminal señor Hernando Betancur Pérez ni al derecho a la vida ni al derecho a la salud, esta empresa está amparada para el no suministró de la mencionada droga en normas de derecho positivo específicamente en el citado decreto que le facultan para no otorgar la droga reclamada.

Existen otros mecanismos complementarios para el correcto tratamiento del mencionado paciente los cuales se encuentran contemplados en el artículo 23 del Decreto de 1994 Literal c) parágrafo cuarto.

Además no es una negación de la EPS SUSALUD a no suministrar el medicamento ordenado por el medico tratante en atención a facultad legal de cumplirlo con base en el pluricitado Decreto 1938 de 1994 en su artículo 23, tal como se dejó expresado le queda otra alternativa bien al paciente o a los afiliados a solicitar el plan complementario de salud contemplado legalmente o también dirigirse al Estado en forma general para que con base en las normas constitucionales vigentes de seguridad social y el derecho a la salud específicamente en las clínicas o centros de atención pertenecientes al mismo Estado le continúen suministrando el mismo tratamiento con idéntica droga.

Así las cosas la EPS demandada está en todo su derecho para no entregar la droga solicitada, y esta facultada legalmente conforme al Decreto 1938 de 1994 y por esta no encontrarse en el listado autorizado por el Estado.”

1. Impugnada como fue la sentencia, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, el 31 de

julio de 1997, confirmó lo decidido por el a-quo.

1. El expediente T-141970 contiene la acción de tutela instaurada por RAFAEL RAMIREZ LONDOÑO contra SALUDCOOP E.P.S. En la solicitud se expresa :

“Debido a esta enfermedad (cáncer en la laringe) me prescribieron un tratamiento de quimioterapia y radioterapia, tratamiento que inicialmente me debe ser suministrado en cuatro fases. En la fase de quimioterapia se me debe suministrar una droga conocida comercialmente como ONDANSETRON, e igualmente conocida como ZOFRAN, cuya droga, para mi condición de jubilado y poca liquidez económica es bastante costosa.

La EPS Saludcoop me suministró la droga necesaria para el tratamiento en la primera fase; pero seguidamente en las otras fases faltantes y para las siguientes necesarias para el normal desarrollo del tratamiento, se han negado a suministrarla, aduciendo que no son obligatorias y que la droga no se encuentra en el listado de las drogas catastróficas y que por lo tanto no están en el plan obligatorio de salud, y a pesar de mis peticiones a la institución y más exactamente al Jefe Médico de la EPS SALUDCOOP, el Doctor VIRGILIO BARCO, quien manifestó “Que le tenían prohibido autorizar esa droga, por no encontrarse en el listado de drogas catastróficas del POS…”

Por todo lo anterior considero violado o por lo menos en inminente peligro de que me viole mi derecho fundamental a la vida y a la salud, ya que por más opciones que me he planteado no poseo los recursos ni posibilidades necesarias para seguirme comprado la droga y continuar realizando el tratamiento prescrito por el oncólogo, con el fin de preservar mi salud y mi vida.”

1. El 1 de agosto de 1997, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, denegó la acción de tutela porque el medicamente solicitado no está en el listado.

1. Estas cinco acciones pueden acumularse como lo determinó la Sala de Selección.

F U N D A M E N T O S J U R I D I C O S

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación y de la acumulación decretada.

B. TEMAS JURIDICOS

En reciente providencia, la SU-480/97 se unificó y desarrolló la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre aspectos relacionados con la salud. Los temas contenidos en las cinco tutelas acumuladas pueden ser subsumidos en la jurisprudencia anterior. Por consiguiente, se reseñará, en lo que tenga que ver con los fallos que se revisan, lo ya determinado por la Corte Constitucional:

1. OBLIGACION DEL ESTADO

“Artículo 165. Atención Básica. El Ministerio de Salud definirá un plan de atención básica que complemente las acciones previstas en el Plano Obligatorio de Salud de esta Ley y las acciones de saneamiento ambiental. Este plan estará constituido por aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria.

La prestación del plan de atención será gratuita y obligatoria. La financiación de este plan será garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos

de los entes territoriales.”

Luego, la obligación del Estado se limita al señalamiento que hace la ley.

2. TRASLADO DE LA OBLIGACIÓN A LOS PARTICULARES

Se dijo en la sentencia SU-480/97 que dentro de la organización del sistema general de seguridad social en salud, la Constitución, artículos 48 y 49, y la ley 100 de 1993, permiten la existencia de las Entidades Promotoras de Salud, de carácter privado, que prestan el servicio según delegación que el Estado hace.

“Artículo 177. Ley 100. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley.”

Y el artículo 179 establece:

“Artículo 179. Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

PARAGRAFO. Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones o por

asentamientos geográficos de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Indica la SU-480/97:

“Esa delegación, conforme lo señala el artículo, es para prestar el plan obligatorio de salud (POS) que incluye la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica (art. 11 decreto 1938 de 1994). Y el mismo decreto en su artículo 3º, literal b-) dice que este derecho es para los afiliados al régimen contributivo y la obligación le corresponde a las EPS”.

Como se ve, una cosa es la atención básica por parte del Estado y otra el plan obligatorio de salud por cuenta de los particulares. Dentro de este último hay que hacer una diferenciación, explicada en la SU-480/97:

“El sistema de seguridad social en salud cuenta entonces con dos regímenes diferentes mediante los cuales se puede acceder al servicio y que tienen que ver con las posibilidades y requisitos de afiliación y su financiamiento: El régimen contributivo, al que pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias; y el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país.

El decreto 1938 de 1994, señaló el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el sistema debe brindar a las personas, lo cual, a su vez se logra, mediante seis sub-conjuntos o planes definidos teniendo en cuenta la forma de participación de los afiliados y que da lugar al plan de atención básica en salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, a los planes de atención complementaria en salud, a la atención en accidentes de trabajo y enfermedad profesional y a la atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos, como surge del artículo 3º del decreto 1938 de 1994, que forma una unidad normativa con el artículo 4º que contiene un glosario de definiciones, con el artículo 5º que señala el contenido del plan, fijando para el caso concreto del sida “actividades de prevención, detención precoz, control y vigilancia epidemiológica”, con el 11 que se refiere a la atención integral del POS y con el 15 que contiene una subregla de exclusiones y limitaciones del plan que debe ver aplicada en cuanto no atente contra la

Constitución, en caso contrario cabe la excepción de inconstitucionalidad como se verá en el curso de esta sentencia al examinarse el literal g-) del artículo en mención (15 del decreto 1938/94)1.

En conclusión: el Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud y las EPS, especialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.

Esos planes incluyen una cobertura familiar (art. 163 Ley 100) para la cónyuge o compañera permanente, los hijos menores de 18 del núcleo familiar que dependen económicamente o aquellos que tengan menos de 25 años que dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge o compañero e hijos con derechos la cobertura puede extenderse a los padres del afiliado no pensionado que dependan económicamente.

En el Contributivo están: Personas vinculadas a través del contrato de trabajo; los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Y en el Subsidiado: Los que por motivo de incapacidad de pago para cubrir el monto total en la cotización que son subsidiados por el sistema general."

1. ENFERMEDADES CATASTROFICAS

Con relativa frecuencia se acude a las EPS para la curación de una enfermedades calificadas como ruinosas o catastróficas.

La Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud ordena:

"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.

c. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.

d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.

e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas.

f. Tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor.

g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.

h. 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).

Artículo 117. De la misma Resolución 5261 de 1994. 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

-Reemplazos articulares

-Manejo del gran quemado

-Manejo del trauma mayor

-Manejo de pacientes infectados por VHI

-Quimoterapia y radioterapia para el cáncer

-Manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos

-Tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas”

4. AFILIACION AL SISTEMA PARA TENER DERECHO AL TRATAMIENTO

El afiliado lo es al sistema y nó a una determinada EPS. Su cotización es al sistema, esto tiene implicaciones en el factor temporal de afiliación en cuanto a los derechos que se tienen, según el tiempo de cotización, ya que hay unos períodos mínimos que influyen en la prestación de los servicios como lo indica el artículo 26 del decreto 1938 de 1994:

“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 catástroficas o ruinosas de nivel IV en el Plan Obligtorio 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, pueperio, 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).

Ante el texto normativo la SU-480/97 aclaró:

"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 del sida, como es una enfermedad ubicada dentro del nivel IV, el tratamiento que el usuario le puede exigir a la EPS está supeditado a las 100 semanas mínimas de cotización. Sin embargo, si no ha llegado a tal límite, el enfermo de sida no queda desprotegido porque tiene 3 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, como se explicará posteriormente en esta sentencia.

b. Se puede acoger al mencionado parágrafo 2º del artículo 26 del decreto 1938/94.

c. Podrá exigirle directamente al Estado el plan de atención básico.

Otro aspecto temporal es el siguiente:

Para la contabilización de las cotizaciones se debe tener en cuenta que no se pierda la antigüedad por interrupción superior a los 6 meses; lo que cotice a una EPS se acumula a lo que hubiere cotizado con anterioridad a otra EPS (artículo 164, Ley 100 de 1993). Para efectos de la preexistencia, esta determinación guarda relación con el principio de movilidad (el cotizante es libre de trasladarse de una EPS a otra). El Decreto 1070 de 1995 en sus

artículos 1 y 2 regulan el tema de la libre escongencia:

“Artículo 1º.- Las personas que continúan con la misma afiliación vigente a 31 de diciembre de 1994 en una Institución de Seguridad Social, sin que hayan solicitado traslado a una Entidad Promotora de Salud, podrán realizar este traslado en cualquier tiempo.

PARAGRAFO.- Aquellas que se afilien o trasladen a un Entidad Promotora de Salud a partir del 1º de enero de 1995, sólo podrán trasladarse a otra Entidad Promotora de Salud, cuando hayan transcurrido por lo menos doce (12) meses, contados a partir de la fecha de la respectiva afiliación o traslado, previa solicitud presentada por el afiliado con no menos de treinta (30) días calendario de anticipación a la nueva Entidad. El traslado se hará efectivo a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que se cumpla dicho término. Copia de esta solicitud deberá ser entregada por el afiliado al empleador.

La Entidad Promotora de Salud a la cual se traslada el afiliado, deberá notificar a la anterior Entidad en la forma y con los requisitos que establezca la Superintendencia Nacional de Salud.

Articulo 2º- Las afiliaciones y traslados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud son de cobertura familiar, por lo tanto todos los miembros que componen el grupo familiar deberán estar afiliados a una misma Entidad Promotora de Salud. Sin embargo, cuando se presenten las excepciones previstas en el Decreto 1485 de 1994, la Entidad deberá efectuar convenio con otras Entidades Promotoras de Salud o Prestadores de Servicios de Salud.

PARAGRAGO.- En los traslados y para efectos de determinar la aplicación de períodos mínimos de cotización, se deberá considerar todas aquellas semanas efectivamente pagadas a las Instituciones de Seguridad Social y Entidades Promotoras de Salud a las cuales hubiere estado afiliado, lo cual deberá ser solicitado por la nueva Entidad Promotora de Salud e informado por el afiliado mediante la indicación del nombre de dichas entidades. Las Entidades Promotoras de Salud podrán verificar esta información en cualquier tiempo.”

1. PELIGRO INMINENTE

Otro aspecto esbozado anteriormente y que no es contradictorio al de las semanas cotizadas,

es el siguiente: cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se debe dar el medicamento necesario. La Corte ha ordenado que se dé, en su totalidad, el tratamiento que el médico señale. En extensa argumentación, en la T-271 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) se indicó que si no se cumplía con el tratamiento se afectaba el derecho a la vida y la salud. Cuando está de por medio la vida, dijo expresamente la sentencia T-224 de 5 de mayo de 1997, se tiene que cumplir con el tratamiento señalado (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz).

En cuanto a los medicamentos, expresamente se dijo en la SU-480/97:

"Los medicamentos señalados por el médico tratante, deben ser los esenciales, con presentación genérica a menos que solo existan los de marca registrada. (artículo 23 del decreto 1938/94).

A lo anterior hay que agregar, por venir al caso en las acciones que motivan este fallo, otra norma de la ley 23 sobre la exigencia de no privar de asistencia al enfermo "incurable":

"artículo 17.- La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente.

Una de las etapas en el tratamiento es la de recetar medicamentos, la citada ley indica:

"artículo 33.- Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia".

Esta última disposición conlleva, entre otras, esta conclusión obvia: que sólo se pueden recetar medicamentos que tengan registro sanitario en Colombia, con presentación genérica, a menos que sólo existan los de marca registrada.

Además, este aspecto lo desarrolla la Resolución del Ministerio de Salud 5261 de 1994 que contempla el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del P.O.S.; artículo 13, "formulación y despacho de medicamentos," donde, entre otras cosas, se indica que "La receta deberá incluir el nombre del medicamento en su presentación genérica".

Todas esas reglas se recogen en el decreto 1938 de 1994. Precisamente el artículo 23, parágrafo 4º de ese decreto, se refiere a la prescripción de medicamentos, y allí se dice que

debe hacerse por escrito, por el personal de salud debidamente autorizado, lo cual excluye la entrega de remedios por auto-medicación, y sólo se permite que quien recete sea “personal profesional autorizado para su prescripción.”

Los medicamentos incluidos en el listado oficial deben entregarse por la EPS; y si está de por medio la vida del paciente no importa que no estén en listado, luego se inaplica el literal g- del artículo 15 del decreto 1938 de 19942.

El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, siempre y cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente”.

Posición que ya aparecía en el fallo T-271/95:

“La Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohiben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, “una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance ” (Sentencia T-067 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo). Esa obligación es más exigente y seria en atención al lugar que corresponde al objeto de protección en el sistema de valores que la Constitución consagra, y la vida humana, tal como se anotó, es un valor supremo del ordenamiento jurídico colombiano y el punto de partida de todos los derechos. En la sentencia T-165 de 1995 la Corte expuso: “Siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial mediante lesión o amenaza inminente y grave el Estado Social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión

inviolable . Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona que es el fin del derecho “. (M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).”

L a SU-480/97 redondeó el tema así:

“Quiere decir lo anterior que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado. Es que no se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido. Obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga recetada es poner en peligro la vida del enfermo. Ni se puede ordenarle directamente al Estado la entrega de un medicamento cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que, se repite, estando de por medio la vida, tiene el deber de entregar lo recetado. Esa celeridad para la prestación obedece, en el caso del sida, a que éste aparece dentro del plan de atención básica de salud.

En la T-125/97 reiterándose jurisprudencia, se consideró que la negativa a entregar medicamentos no incluidos en el listado oficial puede vulnerar los derechos a la vida y, es deber de las EPS atender la salud y conservar la vida del paciente, de lo contrario, desconocen sus deberes.

El usuario que tiene su derecho a la prestación puede oponer este derecho a la EPS a la cual esté afiliado para que tal entidad encargada de la prestación del servicio le de el contenido del derecho que además tiene esta característica”.

Queda claro que en determinadas circunstancias se debe entregar medicina al paciente, aunque aquella no figure en el listado oficial.

6. PUEDEN LAS EPS REPETIR CONTRA EL ESTADO POR ESOS MEDICAMENTOS QUE NO FIGURAN EN LISTADO?

Dice el Artículo 38 del Decreto 1938 de 1994:

“Del aseguramiento para el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas: para garantizar la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo, definidas como catastróficas o ruinosas en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, deberá establecer algún mecanismo de aseguramiento.

Parágrafo1º. Se clasifican como tratamiento para enfermedades catastróficas de alto costo en su manejo las que se señalan expresamente a continuación. El Ministerio de Salud podrá ampliar o reducir este listado.

a. Tratamiento con quimioterapia y radioterapia para el cáncer;

b. Trasplante de órganos y tratamiento con diálisis para la insuficiencia renal crónica;

c. Tratamiento para el Sida y sus complicaciones;

d. Tratamiento médico-quirúrgico para el paciente con trauma mayor;

e. Tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos por más de cinco días;

f. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central;

g. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito;

h. Reemplazos articulares.

Parágrago 2º. El Gobierno Nacional definirá la forma y condiciones para la operación del fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas.

Parágrafo 3º. El fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas cubrirá el valor de la atención para cada una de las patologías descritas con un tope máximo por evento año. Los gastos que superen este valor serán cubiertos por el usuario, lo que podrá hacerse como una

modalidad de planes complementarios. Todo lo anterior se hará de la forma como lo regule el Gobierno Nacional.” (subrayas fuera de texto).

Y determinó la SU-480/97:

“Pero, como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo específicado, 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. Además, tratándose del sida, el artículo 165 de la ley 100 de 1993 (transcrito anteriormente) la incluye dentro del plan de atención básico. Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el 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 “promoción 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, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido”.

Todos los anteriores planteamientos parten de la base de la continuidad. Luego las EPS prestan el servicio de salud a sus afiliados y beneficiarios que coticen, respetándose las reglas de períodos mínimos de cotización. Es un servicio público, en el cual adquiere particular relevancia el principio de la continuidad. Pueden surgir problemas cuando, generalmente por culpa patronal, hay retardo en las cotizaciones por un tiempo que no sobrepasa los seis meses (evento en el cual se pierde la antigüedad), en tal situación no se puede decir que el usuario queda retirado del servicio. En la C-179/97 se dijó:

“En armonía con los postulados expuestos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley.

Esos criterios jurisprudenciales son aplicables al examen de constitucionalidad que ahora

realiza la Corporación. No sería justo ni jurídico hacer recaer sobre el trabajador de una empresa de aviación civil que se abstuvo de efectuar los pertinentes aportes las consecuencias de ese incumplimiento, más aún cuando los trabajadores, con apoyo en su buena fe, confiaron en que una vez reunidos los requisitos de ley accederían a la pensión a cargo de Caxdac.3"

Esa prevalencia de la buena fe, está también reseñada en la T-059/97:

"Si además, el beneficiario no es el encargado de hacer los descuentos para pagar a la entidad prestataria de salud, queda cobijado por la teoría de la apariencia o creencia de estar obrando conforme a derecho: 'error communis facir ius'4".

En caso de necesidad, también hay flexibilidad respecto a la demora en el pago de los aportes:

"Si, además, se tiene en cuenta, de un lado, la urgencia del tratamiento médico y, de otro, el hecho de que la demandante carece de los recursos económicos para asumir el costo de lo que le pueda corresponder para el tratamiento y los medicamentos que exige su caso, es claro que debe exonerársele del pago señalado en los reglamentos, por sus condiciones de pobreza si se tienen en cuenta los exiguos ingresos que recibe. En sus condiciones de enfermedad y dentro de las limitaciones propias de esta circunstancia, el salario de la demandante resulta insuficiente para subvenir cualquier gasto adicional y más aún, el que demanda el pago adicional para acceder a los referidos servicios de seguridad social en salud. 5"

La EPS no queda desprotegida si el comportamiento omisivo es patronal. La Corte, en sentencia con autoridad de cosa juzgada, C-179/97, dijo que la entidad patronal "en su carácter de retenedora y administradora de unos recursos públicos" tiene las acciones legales ejecutivas pertinentes. Es decir, la EPS puede reclamar al patrono incumplido no sólo las cuotas debidas sino la inversión hecha cuando estaba en mora.

Estos planteamientos permiten definir las tutelas acumuladas en el presente fallo.

A. CASOS CONCRETOS

1.- CASO DEL MENOR OMAR DOCUGLAS LEON AGUILAR contra SALUDCOOP

Según se indicó, el padre del menor ingresó al sistema en noviembre de 1996 y en febrero del presente año se integró como beneficiario el menor a quien se le programó una cirugía de orquidopexia (que no está clasificada dentro de las patologías catastróficas o ruinosas). En vista de que eran pocas las semanas cotizadas, la E.P.S. consideró que ella no estaba obligada a cubrir la totalidad del valor de la operación. Esta misma razón motivó la denegación de la tutela.

Le asiste razón al juez de instancia, porque, según, se explicó la sola afiliación al sistema no significa una inmediata obligación de la E.P. S. a dar tratamiento adecuado, sino que para determinadas intervenciones se requiere un mínimo de cotización. Por supuesto que la afiliación es del afiliado. Pues bien, en la intervención quirúrgica ordenada para el menor, se está dentro de las patologías y cirugías del grupo 9, que, según el artículo 116 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, se ubica dentro del nivel III, en el cual el mínimo de cotización es de 52 semanas. (art. 26 decreto 1938 de 1994). Y la orquidopexia no aparece como enfermedad catastrófica de alto costo. Luego ha de confirmarse el fallo que denegó la tutela, con la advertencia de que una vez se llegue a las 52 semanas de cotización desaparece la limitación.

2.- CASO DE MARINELLA BENITEZ BARRERA contra SUSALUD E.P.S.

Es una paciente pobre que requiere con carácter urgente cirugía de córnea. La E.P.S. le indicó que faltaba tiempo de cotizaciones, luego la paciente debía cubrir parte del tratamiento. El bajo número de semanas cotizadas se debió a que el patrono no hizo los pagos oportunamente. El derecho fue tutelado en el sentido de que SUSALUD hiciera el trasplante y que pudiera luego repetir contra la Nación. Para llegar a esta determinación el Juzgado parte de la base de que al Estado le corresponde la atención de la salud, pero que como la tutela no fue interpuesta contra el Estado se le ordena a la E.P.S. que preste el servicio y que luego repita contra la Nación colombiana.

Es importante hacer estas reflexiones : la obligación del Estado es para la prestación del plan básico de atención y la obligación de las E.P.S. dice relación con el plan obligatorio de salud, que son dos cosas totalmente distintas. La operación de la córnea no está dentro del plán de atención básico, luego no se puede inferir que si la tutela se hubiera dirigido contra el Estado

hubiera prosperado. Este cubrimiento está dentro del plan obligatorio de salud, prestable por los particulares por delegación constitucional, obviamente sujeto a las cotizaciones mínimas. Pero, no se copa ese mínimo de cotizaciones, por culpa del empleador, el beneficiario no puede quedar perjudicado. Entonces, la E.P.S. debe practicar la operación, y puede repetir, pero no contra el Estado sino contra el empleador moroso y mediante los procedimientos judiciales adecuados.

Quiere decir que la tutela prospera, pero por las razones indicadas en este fallo, no por las aducidas por el juez de tutela.

3.- CASO DE NORA EDILMA MOSCOSO DE CASTRO contra CAFESALUD E.P.S.

Se trata de una beneficiaria, de escasos recursos económicos, cuyo cotizante principal no ha cumplido con el número de semanas requeridas para el cubrimiento total del tratamiento para superar un espasmo de la ilíaca y femoral que exige una atención quirúrgica denominada angioplastia y stent. Cree la solicitante que el número de semanas cotizadas (52 serían las requeridas), no tiene importancia cuando se trata de una cirugía que se considera de relativa urgencia.

No se concedió la tutela porque se tuvo en cuenta el escaso número de semanas cotizadas que no obligan a la E.P.S. al cubrimiento total de la intervención.

Le asiste razón al juez de tutela porque no habiendo un peligro inminente a la vida del beneficiario, la reglamentación sobre semanas cotizadas es importante. Por supuesto que una vez cumplido el mínimo de semanas cotizadas ya no se puede exigir el pago compartido de la intervención médica.

4.- CASO DE HERNANDO DE JESUS BETANCUR PEREZ contra SUSALUD E.P.S.

Se trata de un señor de 68 años, beneficiario, a quien se le recetó eulexin (flitamida) que no se halla dentro del listado oficial, se afirma que esa droga hace parte del tratamiento quimioterapéutico. El beneficiario estuvo inicialmente en el ISS y luego se trasladó a SUSALUD E.P.S.

Los jueces de tutela, en primera y segunda instancia, consideraron que se debería reclamar ante el Estado o acudir al plan complementario de salud, y que, como el medicamente no se

encuentra en el listado oficial, no es obligación entregarlo.

Hay que anotar que la afiliación es al sistema y no a determinada E.P.S., luego hay continuidad entre lo cotizado al I.S.S. y lo cotizado a la E.P.S. particular. En cuanto al medicamento, según se advirtió, se entrega lo que figure en el listado salvo que esté de por medio la vida del paciente en cuyo caso es obligación dar la droga recetada por el médico tratante. Si el señor Betancur tiene una enfermedad en estado terminal y se lo había sometido a tratamiento con eulexin y se ha indicado que tal droga es necesaria para la quimioterapia, entonces, debe entregarse el medicamento. La pregunta que surge es si puede repetir contra el Estado. Como la quimioterapia está en la enumeración de las enfermedades catastróficas si se puede repetir.

Luego, habrá que revocar los fallos del Juzgado 12 Laboral de Medellín del 26 de junio de 1997 y de la Sala Laboral del Tribunal de Medellín de 31 de julio de este año y en su lugar conceder la tutela con la advertencia hecha anteriormente.

5.- CASO DE RAFAEL RAMIREZ LONDOÑO contra SALUDCOOP E.P.S.

Es un jubilado, de escasos recursos, con cáncer en la laringe a quien le prescribieron tratamiento de quimioterapia y radioterapia, para lo cual se le debe suministar una droga conocida como zofrán. Inicialmente se le dió pero luego se suspendió la entrega del medicamento, con el argumento de que no aparece la droga en el listado, la tutela no prosperó.

Con las mismas consideraciones del caso anterior, se concluye que debe suministrarse el medicamento y se puede repetir contra el Estado. Luego se revocará la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín del 1° de agosto de 1997.

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo de 29 de julio de 1997 proferido por el Juzgado 39 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá en la tutela de Omar Leon Vargas (en representación de su hijo Omar León Aguilar) contra SUSALUDCOOP, según lo expresado en la parte motiva de la

presente sentencia.

Segundo.- CONFIRMAR el fallo del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el 22 de julio de 1997, en la tutela de Marinella Benitez Barrera contra SUSALUD E.P.S., en cuanto concedió la tutela, pero se revoca respecto al derecho a repetir contra el Estado, teniendo en cuenta lo expresado en la parte motiva de la presente sentencia.

Tercero.- CONFIRMAR el fallo de 24 de julio de 1997, del Juez 38 Penal Municipal de Medellín, en el caso de Bora Edilma Moscoso de Castro contra CAFESALUD E.S.P., con la advertencia hecha en la parte motiva de la presente sentencia.

Cuarto.- REVOCAR, en la tutela de Hernando de Jesús Betancur Pérez (representado por su hija Ligia Betancur Correa) contra la SUSALUD E.P.S. las sentencias del Juzgado 12 Laboral de Medellín, el 26 de junio de 1997 y del Tribunal Superior de Medellín el 31 de julio de 1997 y en su lugar: ORDENAR que en el término de 48 horas se entregue al paciente el medicamento recetado por el médico tratante (eulexin-flitamina) necesario en la quimioterapia. La E.P.S. podrá repetir contra el Estado, Fondo de solidaridad y garantía, subcuenta de promoción de la salud.

Quinto.- REVOCAR la sentencia del 1º de agosto de 1997 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en la acción de tutela de Rafael Ramírez Londoño.

Contra SALUCOOP, y en su lugar:

ORDENAR que en el término de 48 horas se entregue al paciente el medicamento recetado por el médico tratante (Zofrán) necesario en la quimioterapia y radioterapia. La EPS podrá repetir contra el Estado, Fondo de Solidaridad y Garantía, Subcuenta de promoción de la salud.

Sexto.- Por Secretaría se librará de inmediato la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Notifíquese, cúmplase, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VCTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1La Corte en numerosas oportunidades se ha referido a la excepción de inconstitucionalidad, por ejemplo en: C-434/92, C-479/92, T-401/92, T-421/92, T-422/92, T-425/92, T-468/92, T-490/92, T-576/92, T-582/92, T-612/92, T-614/92 (salv. Voto), C-175/93, C-593/93, T-425/93, C-281/94, T098/94, T-302/94, T-384/94, T-450/94, T-206/94, T-006/94, T-178/94, T-117/95, T-355/95, T-382/95, T-279/95, Auto 024/95, C-069/95, T-063/95, C-309/96, C-037/96, T-669/96, Auto 66/96, T-123/96, T-150/96.

2 El artículo 15 del decreto 1938 de 1994 contiene las exclusiones y limitaciones al P.O.S. y dentro del ellas, en el literal y aparece: “Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéutica”.

3 Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

4 Sentencia T-059/97, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

5 Sentencia T-114/97, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.