

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Régimen legal aplicable a cuotas moderadoras, copagos y cuotas de recuperación

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Cuotas moderadoras son aplicables a afiliados cotizantes/SISTEMA GENERAL DE SALUD-Copagos se aplican exclusivamente a afiliados beneficiarios

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Copagos deben obedecer a capacidad socioeconómica del cotizante

Sobre los montos a cancelar por copagos en el art. 9 del Acuerdo 30/96 se estableció que estos se aplicarán según el nivel socioeconómico del cotizante, para el régimen contributivo de conformidad con el ingreso base de cotización expresado en salarios mínimos mensuales vigentes, que en todo caso no pueden superar el tope establecido en el art. 10 del Acuerdo que establece límites temporales de un año calendario y de montos máximos para ese período que van desde un mínimo de medio salario mínimo legal para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos salarios mínimos, hasta cuatro salarios mínimos cuando el ingreso base cotización supere los cinco salarios mínimos legales vigentes. Por su parte, para el régimen subsidiado, en virtud del artículo 11, “los beneficiarios del régimen

subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén (...)". Importa resaltar que el artículo 7 numeral 4º consagra la excepción del cobro de copagos en relación con los servicios prestados por enfermedades catastróficas o de alto costo.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS se establece que los siguientes servicios médicos no estarán sujetos al cobro de copagos: 1. servicios de promoción y prevención, 2. programas de control en atención materno infantil, 3. programas de control en atención de las enfermedades transmisibles, 4. enfermedades catastróficas o de alto costo, 5 la atención inicial de urgencias y los servicios enunciados en el artículo 6 del Acuerdo, que son los servicios sujetos al pago de cuota moderadora.

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Casos que enuncia la ley

En el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS "no se define las exenciones a partir del nivel de complejidad (I, II, III y IV) de la intervención quirúrgica requerida, sino con base en otros criterios, como por ejemplo, el tipo de enfermedad (v.gr. catastrófica o ruinosa), el tipo de atención (v.gr. urgencia, programas de control en atención de enfermedades transmisibles) y el tipo de programa (atención materno infantil)." En forma más precisa, en el artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 se enuncian las enfermedades valoradas como catastróficas o de alto costo (Mapipos) y que por tanto su tratamiento se encuentra aliviado del copago, éstas son: a) tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer, b) diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de córnea, 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 y h) reemplazos articulares.

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Pago cuotas moderadoras tiene por finalidad racionalizar uso de servicio publico de salud

Los copagos pueden ser exigidos por las EPS a los afiliados beneficiarios, respetando el porcentaje señalado en los artículos 9 y 10 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS, atendiendo al ingreso base de cotización del cotizante y a los límites anuales y por evento establecidos en el mencionado Acuerdo. Adicionalmente, cuando el número de semanas cotizadas por el afiliado resulte inferior a las exigidas para recibir determinado tratamiento, y con el fin de permitir la financiación del sistema, es viable solicitar el pago compartido al beneficiario.

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Casos excepcionales en que se inaplica el pago de cuotas adicionales

La jurisprudencia de ésta Corporación se ha encaminado en dirección a delimitar constitucionalmente los motivos por los cuales es exigible el cobro compartido atendiendo aspectos como que se trate de una urgencia, de un menor de edad, que el beneficiario no cuente con recursos para sufragar el monto normativamente exigible, o cuando el beneficiario no alcanza a cumplir con el mínimo de semanas cotizadas para la práctica de un tratamiento.

INAPLICACION DE NORMAS EN MATERIA DE SALUD-Condiciones establecidas en la jurisprudencia en casos de copago, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o pago de porcentaje

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Exoneración copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o pago de porcentaje

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD-No es admisible que la EPS autorice una cirugía incluída en el POS pero no autorice los suministros quirúrgicos

DERECHO A LA SALUD-Asunción de costos de suministros quirúrgicos por EPS para práctica de cirugía contemplada en el POS

DERECHO A LA SALUD-Implante stents medicados

Referencia: expediente T-1421367

Acción de tutela instaurada por Carlos Eduardo Barragán Rozo contra la E.P.S Sanitas S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil seis (2006)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá, D.C. y Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá D.C. que resolvieron la presente tutela.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Carlos Eduardo Barragán Rozo, interpuso acción de tutela con el fin de obtener el amparo de

sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, la dignidad humana, el trabajo y el derecho a la familia.

El accionante se encuentra vinculado a la E.P.S Sanitas S.A en el régimen contributivo, en calidad de cotizante dependiente desde el primero (1) de enero de 1997, con al menos cuatrocientas ochenta y tres (483) semanas cotizadas, según Contrato No. 584151-0.

En el mes de septiembre del año 2005, al practicarle al señor Barragán una arteriografía coronaria en la Fundación Abood Shaio, dada la gravedad de los resultados, los médicos tratantes le recomendaron efectuar inmediatamente una cirugía de angioplastia, recanalización e implante de stents coronarios.

La mencionada angioplastia con la instalación de stents coronarios fue realizada bajo la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, pero no cumplieron con el nivel de efectividad requerido para mejorar la salud del accionante.

Una vez efectuada la angioplastia le formularon cinco medicamentos al señor Barragán, uno de los cuales, denominado Clopydrogel, no es suministrado por la E.P.S, por lo que el accionante ha tenido que costearlo generándole un egreso quincenal adicional a sus gastos por un valor de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000)

En diciembre de 2005, el accionante volvió al servicio de urgencias de la Clínica Shaio al presentar malestares similares a los presentados antes de la angioplastia y la instalación de los stents coronarios, tales como presión en el pecho y dificultad para realizar las actividades diarias, caminar, subir o bajar escaleras.

En el mes de marzo de 2006, el Departamento de Hemodinamia de la Fundación Shaio, determinó que los stents implantados provocaron alteraciones en las arterias obstruyendo el paso sanguíneo en un 90% en el vaso más delicado, y en un 70% en la segunda arteria afectada.

El diagnóstico científico advirtió que el paciente debía ser sometido a una nueva cirugía de angioplastia coronaria, esta vez con el implante de tres stents medicados a nivel de la coronaria derecha y descendente anterior.

El doctor especialista Germán Gómez, jefe del Departamento de Hemodinamia de la Fundación Shaio, solicitó a la E.P.S Sanitas la autorización para el implante de los stents medicados, pero la entidad se negó a dar la autorización requerida.

En su escrito de tutela el accionante alega que en varias ocasiones acudió personalmente a la E.P.S. Sanitas solicitando la autorización para el implante de los stents medicados, pero no obtuvo una respuesta positiva. El costo total de dichos stents asciende a la suma de veintiún millones de pesos (\$21.000.000), y el accionante dice no tener esa cantidad de dinero para asumir el valor de los implantes, está en peligro su vida porque puede sufrir un infarto y por eso ha solicitado por medio de la tutela la protección de los derechos que la E.P.S Sanitas le ha negado.

En la demanda, el señor Barragán asegura que el Cardiólogo adscrito a la E.P.S Sanitas, revisó el diagnóstico emitido por el especialista de la Fundación Shaio, y ratificó la necesidad de implantar dichas prótesis endovasculares.

Por encontrarse en un estado de salud tan precario, a punto de poner en riesgo su vida, el

accionante no ha podido desempeñar como debe su labor de periodista y reportero de una cadena de televisión, situación que lo ha expuesto a perder el único medio de subsistencia de él y su familia, ya que su profesión le exige estar en óptimas condiciones físicas.

2. Conceptos rendidos por las entidades y personas involucradas:

La E.P.S Sanitas, no se pronunció acerca de los hechos de la demanda.

El médico tratante de la Clínica del Country no respondió a la solicitud de intervención.

El médico tratante de la Fundación Abood Shaio, doctor Pablo Castro Covelli, manifestó bajo la gravedad de juramento que el implante de stents medicados es ampliamente efectivo para la patología que presenta el paciente accionante, y que su vida se encuentra comprometida.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3. Del fallo de primera instancia:

El Juzgado Cincuenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá D.C., tuteló el derecho fundamental a la salud en conexidad con el de la vida del señor Carlos Eduardo Barragán Roza mediante sentencia del 27 de abril de 2006, y ordenó a la E.P.S Sanitas que en un término no mayor de 48 horas impartiera la orden pertinente para autorizar el procedimiento de implante de stents medicados.

Ordenó que la operación se realizara de forma inmediata, y que la E.P.S podría repetir contra

el FOSYGA a la subcuenta de la promoción de la salud.

Así mismo, dispuso que debía realizarse el desembolso en forma rápida dentro de los 30 días contados a partir de la presentación de la cuenta de cobro.

Lo anterior, con base en las siguientes consideraciones:

El señor Barragán declaró que carece de los medios económicos necesarios para costear los gastos de su enfermedad, y esa declaración se entiende que es bajo la gravedad de juramento.

Por otro lado, determinó que las pruebas aportadas demostraron la urgencia y necesidad del implante de los stents medicados, por estar en peligro la salud, y la vida misma del accionante.

En cumplimiento del fallo, la parte accionada envió escrito al a quo, el cuatro de mayo de 2006, informando que había autorizado el stent medicado para el señor Barragán Rozo.¹

4. La impugnación:

El Ministerio de la Protección Social impugnó el fallo con base en las siguientes consideraciones:

El stent medicado no se encuentra incluido en el POS, y la ley prevé como último recurso la prestación de servicios de salud excluidos del POS a través de las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o a través de aquellas privadas con las cuales la entidad territorial competente tenga contrato, siempre que se pruebe que la persona carece de capacidad de pago.

Por otro lado, adujo que el accionante podrá tener acceso a cualquier servicio de salud no contemplado en el POS, a través de planes adicionales de salud de manera opcional y voluntaria, sometida a lo pactado con la entidad que los celebre, cuya financiación es con recursos distintos a los de la cotización obligatoria.

Así las cosas, este Ministerio solicitó que se revocara el artículo segundo del fallo impugnado, en lo que respecta a la facultad otorgada a la E.P.S Sanitas para repetir contra el FOSYGA.

5. Del fallo de segunda instancia:

El Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia con fecha del 12 de julio de 2006, adicionó el fallo objeto de impugnación, en el sentido de señalar que el accionante debe cubrir el 10% del valor de los stents medicados, y la E.P.S Sanitas, el 90% restante. En lo demás, confirmó el fallo impugnado.

Sus argumentos fueron los siguientes:

Si bien los stents medicados no se encuentran dentro del POS, el médico tratante determinó que su suministro tiene la virtud de salvar la vida del accionante y no existe otro

medicamento dentro del POS que pueda suplir el implante de dichos stents.

Por otro lado, el accionante no acreditó su completa incapacidad económica, ya que las pruebas que obran en el expediente, dan cuenta de que el señor Barragán y su esposa, devengan en promedio la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000) mensuales, con los cuales sufragan sus gastos, e incluso, el accionante tiene la solvencia necesaria para mantener a quienes por ley no tiene la obligación de mantener, como su hermana que se encuentra desempleada. Así mismo el ad quem señaló que el accionante adquirió un vehículo de baja gama, modelo 2006 sin limitación a la propiedad, lo que demuestra su capacidad de pago.²

Por último señaló que el Estado debe asegurar el acceso a la salud sobretodo a quienes se encuentran en debilidad manifiesta, y en el caso concreto, el accionante puede sufragar al menos un 10% de su tratamiento porque tiene la solvencia para hacerlo, y su deber, antes que cualquier otra obligación, está para con él mismo y su salud.

Pese a ésta decisión se pudo constatar que hasta la fecha el accionante todavía no ha realizado el pago ordenado por el juez, pues la E.P.S. no lo ha requerido para ello.

6. Anexos y pruebas que obran en el expediente:

Primer cuaderno del expediente:

-Folio 10 al 13: Certificado de existencia y representación de la E.P.S Sanitas S.A.

-Folio 14: Fotocopia carné de afiliación del accionante a la E.P.S Sanitas No. 3010-58415, y documento de identidad del accionante.

-Folio 15: Certificado de semanas efectivamente cotizadas por el accionante en la E.P.S Sanitas. (482 semanas cotizadas y estado de afiliación activo).

-Folio 16 al 18: Historia Clínica No. 11434670 suscrita por la doctora Mónica Amaya. (Médico general de la E.P.S Sanitas). El señor Barragán fuma un paquete diario desde los 15 años, es bebedor social y toma 3 tintos al día.

-Folio 19 al 27: Historia Clínica Fundación Abood Shaio del 21 de diciembre de 2005, No. 267689. El paciente ingresó por urgencias el 18 de agosto de 2005 con cuadro de dolor precordial, opresivo asociado a disautonomía y deterioro de la clase funcional.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

-Folio 28 al 31: Diagnóstico y procedimiento de angioplastia del 19 de agosto de 2005 Fundación Abood Shaio. Los médicos consideraron que el señor Barragán debía ser sometido a angioplastia, recanalización e implante de stent. A folios 29 y 31 hay dos gráficos del corazón y su estado de obstrucción.

-Folio 32 al 35: Historia Clínica ingreso a urgencias Fundación Abood Shaio el 21 de diciembre. El paciente ingresó con dolor en el hombro izquierdo, sudoración fría y leve dificultad para respirar.

-Folio 36: Receta médica suscrita por el cardiólogo Néstor Ricardo Duarte el 22 de diciembre de 2005. Recetó prueba de esfuerzo.

-Folio 37: Volante de autorización de servicios para prueba de esfuerzo con isonitritos No. 2908437 del 10 de enero de 2006, firmado por la médico familiar Carol Rodríguez.

-Folio 38: Receta médica suscrita por la médico general Mónica Amaya del 10 de enero de 2006.

-Folio 39: Volante de autorización para prueba de isonitritos otorgado por la E.P.S Sanitas el 11 de enero de 2006.

-Folio 40: Resultado prueba de isonitritos Medicina Nuclear Palermo, dado por el doctor Humberto Varela Ramírez el 31 de enero de 2006.

-Folio 41 al 42: Volante de autorización de servicios para cateterismo izquierdo No. 4841520 del 28 de febrero de 2006.

-Folio 43 al 44: Diagnóstico del cateterismo Fundación Abood Shaio del 28 de marzo de 2006, firmado por el jefe de la Unidad de Hemodinamia Coronarias. (Gráfico de estado del corazón).

El grupo de doctores recomendó angioplastia coronaria con implante de stents medicados a nivel de la coronaria derecha y descendente anterior.

-Folio 45: Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos dado por la E.P.S Sanitas el 29 de marzo de 2006.

El stent medicado fue negado por no estar incluido en el POS.

-Folio 46: Certificado de incapacidad laboral No. 1-532 94087. La E.P.S Sanitas certifica que el ingreso base de cotización del accionante es 3.336.000.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

-Folio 47: Receta médica del 31 de marzo de 2006, expedida por el médico cardiólogo Elling Bejarano adscrito a la E.P.S Sanitas, en la que formula stent medicado a la descendente anterior y coronaria derecha.

-Folio 60 al 62: Certificación del Departamento Administrativo de Catastro en la que informan que el accionante no figura inscrito como propietario de inmueble alguno en el Distrito Capital.

-Folio 71: Copia del recibo de pago al Fondo Nacional de Ahorro No. 2006031315624 del 5 de abril de 2006. (La vivienda en la que habitan está a nombre de la esposa del accionante, Maria Carolina Eslava Caballero).

-Folio 72 a 73: Certificado del Centro de Servicios Especializados de Tránsito y Transporte SETT, en el que afirman que el señor Carlos Barragán es propietario de un vehículo Twingo con placa BTM 392, modelo 2006.

-Folio 76 a 77: Concepto médico del doctor Pablo Castro Covelli, jefe del Departamento de Hemodinamia de la Fundación Abood Shaio, en la que determina que se le debe practicar al paciente la angioplastia más implante de stent porque está comprometida la vida y calidad de vida del accionante.

-Folio 78 a 80: El Ministerio de la Protección Social afirma que la angioplastia sí se encuentra incluida en el POS y que el stent coronario sí se encuentra incluido en el POS pero no el medicado.

-Folio 100: La E.P.S Sanitas, en cumplimiento del fallo de primera instancia, autorizó el stent medicado mediante volante de autorización No. 5039210, entregado al usuario el 28 de abril de 2006.

Segundo cuaderno del expediente:

-Folio 6: Declaración del accionante: Dice estar pagando la hipoteca de la casa en donde vive, y que tiene un vehículo para transportarse al trabajo y desempeñar sus obligaciones laborales.

Subsiste de su salario que es de 2.800.000 pesos mensuales, con el que paga la cuota de su casa que es de 400.000 pesos al Fondo Nacional del Ahorro, los servicios públicos que ascienden a 210.000 pesos mensuales, el pago de sus tarjetas de crédito, gastos personales de él y de su familia, pago de la administración de su casa y los gastos de su hermana mayor que se encuentra desempleada3..

Concluye diciendo que su esposa devenga 2.500.000 pesos mensuales aproximadamente.

-Folio 8: Declaración de Olga Patricia Barragán e Indalecio Castellanos: Los declarantes aseguran que el accionante trabaja como periodista en Caracol TV y que su sueldo es su único ingreso con el que mantiene no sólo a su esposa e hija sino también a su cuñada, sobrina, hermana, sobrino y padre.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

1. Problema jurídico:

De la lectura de los hechos y las pruebas aportadas al expediente se desprende que si bien el proceso de tutela se inició para solicitar la realización de una cirugía de angioplastia con el

fin de implantar unos stents medicados sobre un paciente que había agotado las opciones que le ofrece el POS, en la actualidad tal situación resulta superada. De hecho, como consecuencia de la decisión del a quo, y la efectiva protección de los derechos a la salud y la vida, la EPS Sanitas autorizó el implante de los stents y tal cirugía fue practicada un par de meses después. Con tal suerte que en la actualidad no existe riesgo de vida para el accionante, aunque como parte del tratamiento es indispensable que de forma crónica consuma algunos medicamentos como el clopydrogel, no contemplado en el POS, y que le permiten mantener en buenas condiciones las prótesis colocadas.

Ahora bien, la decisión del ad quem de revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y en su lugar condenar al accionante a sufragar el diez por ciento (10%) del costo de los stents medicados, nos plantea un nuevo problema jurídico relacionado con el copago que ordenó el juez.

Por tanto, esta Corporación debe entrar a dilucidar si el fallo de segunda instancia que determinó que el accionante debía realizar un copago, vulneró el derecho a la salud del accionante y el del mínimo vital al imponerle una carga económica para costear el tratamiento de una enfermedad considerada catastrófica.

Para la resolución del problema será necesario revisar la normatividad vigente sobre los copagos, su finalidad, causales de exigibilidad, así como la jurisprudencia constitucional que trata sobre las exenciones a su uso y los límites en su implementación.

Sobre el derecho fundamental a la salud y su procedibilidad por vía de tutela

En forma reiterada ésta Corporación ha amparado el derecho a la salud como un derecho

fundamental desde una doble dimensión, en la primera de ella en conexidad con el derecho a la vida, integridad o dignidad y, en la evolución más reciente de su jurisprudencia, como un derecho de carácter autónomo en lo atinente al derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14.4, y sobre los sujetos de especial protección⁵. Así por ejemplo, en el caso de la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, la jurisprudencia constitucional ha establecido que su derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental autónomo.

Al respecto en la Sentencia T-924 de 2004⁶, esta Corporación explicó: “La Corte Constitucional ha precisado en su jurisprudencia, que la salud tiene carácter de derecho fundamental por lo menos por dos vías. i) por conexidad, cuando una persona requiere ciertos servicios que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero que resultan indispensables y necesarios para el mantenimiento de su vida, de su integridad física y de su dignidad. Y ii) de manera autónoma, cuando existen regulaciones que generan un derecho subjetivo sobre las personas a recibir las prestaciones y los medicamentos allí definidos. En cualquiera de las dos posibilidades esbozadas, la acción de tutela es procedente para amparar el derecho a la salud.”

En lo atinente a la procedencia de la acción de tutela en la protección del derecho a la salud, la Corte ha elaborado una regla de interpretación dirigida a establecer unos criterios específicos a considerar por parte del juez constitucional. Criterios que se encuentran sujetos a la valoración del juez en cada caso concreto y que fueron resumidos en la Sentencia T-666/04 así:

“...La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud (derecho

fundamental autónomo) como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo. En estos casos, para que a través de la acción de tutela sea procedente el estudio de fondo de una presunta vulneración, no sería necesario probar la conexidad con otro derecho de carácter fundamental (vida o mínimo vital). En segundo lugar, y en el marco de la justiciabilidad de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha establecido los siguientes criterios para la procedencia de la acción de tutela: (i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal o la dignidad del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) que el paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

Antes de entrar a confirmar la procedibilidad de la tutela en el caso concreto es relevante reiterar la jurisprudencia constitucional desarrollada sobre los copagos.

Régimen legal de las cuotas moderadoras, los copagos y las cuotas de recuperación.

Por definición del artículo 2 del Acuerdo 30/96 del CNSSS, los copagos son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como

finalidad ayudar a financiar el sistema.

En atención a la capacidad económica de las personas, el legislador distinguió dos regímenes dentro del sistema de seguridad social en salud, a saber: el régimen contributivo y el régimen subsidiado. Las personas que acceden a estos sistemas lo hacen en calidad de afiliados o beneficiarios. Por su parte, en el artículo 32 del Decreto 806 de 1998 se determinó que tienen la calidad de vinculadas al sistema las personas sin capacidad de pago mientras son afiliadas al régimen subsidiado.

Como consecuencia de la finalidad del copago, su exigibilidad varía según la clase de régimen, contributivo o subsidiado, al que se encuentre afiliado el cotizante y sus beneficiarios, frente al que sólo ostenta la calidad de participante vinculado.

Es común para ambos regímenes, según lo establecido en el art. 3 del Acuerdo 30/96 que mientras las cuotas moderadoras son aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.

Ahora bien, sobre los montos a cancelar por copagos en el art. 9 del Acuerdo señalado se estableció que estos se aplicarán según el nivel socioeconómico del cotizante, para el régimen contributivo de conformidad con el ingreso base de cotización expresado en salarios mínimos mensuales vigentes, que en todo caso no pueden superar el tope establecido en el art. 10 del Acuerdo que establece límites temporales de un año calendario y de montos máximos para ese período que van desde un mínimo de medio salario mínimo legal para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos salarios mínimos, hasta cuatro salarios mínimos cuando el ingreso base cotización supere los cinco salarios mínimos legales vigentes. Por su parte, para el régimen subsidiado, en virtud del artículo 11, “los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén (...)”.

Importa resaltar que el artículo 7 numeral 4º consagra la excepción del cobro de copagos en relación con los servicios prestados por enfermedades catastróficas o de alto costo.

Así mismo, en las normas que reglamentaron la Ley 100 de 1993, se determinó el cobro de copagos a los beneficiarios del régimen contributivo de salud, por el suministro de cualquier servicio médico incluido en el POS⁷ exceptuándose algunos servicios específicos⁸.

En el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS se establece que los siguientes servicios médicos no estarán sujetos al cobro de copagos: 1. servicios de promoción y prevención, 2. programas de control en atención materno infantil, 3. programas de control en atención de las enfermedades transmisibles, 4. enfermedades catastróficas o de alto costo, 5 la atención inicial de urgencias y los servicios enunciados en el artículo 6 del Acuerdo, que son los servicios sujetos al pago de cuota moderadora.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En forma más precisa, en el artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 se enuncian las enfermedades valoradas como catastróficas o de alto costo (Mapipos) y que por tanto su tratamiento se encuentra aliviado del copago, éstas son: a) tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer, b) diálisis para insuficiencia renal crónica, transplante renal, de corazón, de medula ósea y de córnea, 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 y h) reemplazos articulares.

En suma, los copagos pueden ser exigidos por las EPS a los afiliados beneficiarios, respetando el porcentaje señalado en los artículos 9 y 10 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS, atendiendo al ingreso base de cotización del cotizante y a los límites anuales¹⁰ y por evento¹¹ establecidos en el mencionado Acuerdo. Adicionalmente, cuando el número de semanas cotizadas por el afiliado resulte inferior a las exigidas para recibir determinado tratamiento, y con el fin de permitir la financiación del sistema, es viable solicitar el pago compartido al beneficiario.

Siendo éstas las directrices normativas para la procedencia del copago, la jurisprudencia de ésta Corporación se ha encaminado en dirección a delimitar constitucionalmente los motivos por los cuales es exigible el cobro compartido atendiendo aspectos como que se trate de una urgencia¹², de un menor de edad¹³, que el beneficiario no cuente con recursos para sufragar el monto normativamente exigible¹⁴, o cuando el beneficiario no alcanza a cumplir con el mínimo de semanas cotizadas para la práctica de un tratamiento¹⁵.

Es así que en la Sentencia T-714/04 se recordó: “En las sentencias T-411 y T-1021 de 2003 la Corte expresó que no estaba en discusión que el sistema de seguridad social en salud debe dotarse de una racionalidad económica que lo haga viable, lo cual estaba previsto por el legislador a través de los copagos y las cuotas moderadoras que están a cargo de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado. Pero, agregó la Corte, tampoco debe asumirse que tales mecanismos tienen carácter absoluto e inflexible.”

Por ejemplo, recientemente en la Sentencia T-745-04 la Corte ratificó su línea jurisprudencial según la cual en los tratamientos de urgencia, en los que el paciente no cuente con suficientes recursos para sufragar los costes del tratamiento, éste se deberá prestar sin que se aplique la normatividad sobre la exigibilidad del pago, veamos:

“En reiteradas oportunidades esta Corporación ha señalado que cuando una persona requiere de un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste, por no tener la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación¹⁶ o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes¹⁷, se deberá inaplicar la normatividad y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger su derecho fundamental a la vida, en conexidad con el derecho a la salud.”

En la Sentencia T-754 de 2005¹⁸ la Corte analizó la figura del copago, profundizando en la exigibilidad de la misma cuando se trata de una enfermedad catastrófica en una persona del régimen contributivo o subsidiado, frente a algún participante vinculado. En esa ocasión la Sala también ratificó la regla de su no exigibilidad, independientemente del régimen en el que se encuentre el paciente, en tanto y cuanto se trate de una enfermedad de esas características:

“En virtud de dicha normatividad es posible enunciar algunos criterios sobre los pagos que deben sufragar las personas afiliadas, las beneficiarias y aquellas que se encuentran en calidad de participantes vinculadas: (i) los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a pagos moderadores; (ii) los afiliados mediante el régimen subsidiado pagan un porcentaje de acuerdo con el nivel en el que hayan sido clasificados; (iii) no están sujetos a copagos por parte de los afiliados, los servicios relacionados con enfermedades catastróficas o ruinosas; (iv) las personas que ostentan la calidad de participantes vinculadas están sometidas a las cuotas de recuperación en todos los eventos; (v) la cuantía de las cuotas de recuperación depende del nivel de calificación de las personas en el SISBEN.

En consecuencia, en términos de la normatividad vigente la excepción del cobro de copagos para los afiliados al sistema que padezcan enfermedades ruinosas o catastróficas no es aplicable en relación con los participantes vinculados que se encuentran en la misma situación.”

Ante el trato diferenciado que respecto a los copagos existe en la normatividad según el tipo de afiliación y frente a las enfermedades catastróficas la Corte en la misma sentencia dijo:

“Con todo, esta Corporación ha sostenido que dicha postura genera un tratamiento diferenciado entre afiliados y vinculados que es discriminatorio e injustificado. Por este motivo, en algunos eventos ha decidido que la excepción vigente para los afiliados debe ser extendida a los participantes vinculados. A partir de estas consideraciones, en la sentencia T-411 de 2003 estimó que “carece de sentido que a los afiliados mediante el régimen contributivo, los que se hallan en capacidad de pagar sus cotizaciones, se los exonere de tales pagos y no se haga lo mismo con las personas vinculadas pese a no contar con tal capacidad”.

Recientemente, a través del fallo T- 548 de 2005¹⁹ esta Sala constató la vulneración del derecho a la igualdad de una persona, a quien en calidad de participante vinculada al sistema de seguridad social en salud, se le exigía el pago de una cuota de recuperación para el tratamiento de la enfermedad de alto costo que padecía, de la cual están exonerados los afiliados al sistema (SGSSS).

Así las cosas, cuando se trate de brindar tratamientos a personas que sufren enfermedades

ruinosas o catastróficas²⁰, opera la excepción del cobro de las sumas correspondientes.

En conclusión, existe la posibilidad de exonerar del pago de cuotas de recuperación a personas participantes vinculadas que padezcan una enfermedad catastrófica o ruinosa, lo cual es una manifestación del principio de igualdad entre los participantes vinculados y quienes se encuentran afiliados al sistema de seguridad social en salud.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“La Corte ha aclarado que la inaplicación de la normatividad referente al pago de copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o al pago del porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes “no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones (...)”²¹, y hace referencia a las condiciones establecidas en la jurisprudencia constitucional para que sea procedente proteger el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, a través de la acción de tutela.

Tales condiciones han sido definidas de la siguiente manera²²:

(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio médico o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a éstos a través

de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS. y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento.

Análisis del caso concreto

De conformidad a la jurisprudencia constitucional antes reiterada, en primer lugar es relevante entrar a valorar si los elementos fácticos y la situación concreta del accionante tornan procedente la acción de tutela en lo que a la invocación del derecho a la salud se refiere.

Bajo ésta orientación debe la Sala corroborar, uno a uno, los elementos que conforman la regla de interpretación acogida por la Corte como los criterios para la procedencia de la acción de tutela, veamos:

i. La no realización del tratamiento de angioplastia con implante de stents medicados amenazaba, en diagnóstico unánime por los médicos tratantes, el derecho fundamental a la vida, a la integridad personal y a la dignidad del interesado;

i. El tratamiento de implantes de stents medicados no podía ser sustituido por el contemplado expresamente por el POS -implante de stents coronarios-, pues el paciente previamente se había realizado tal tratamiento y éste no sólo había resultado inadecuado e ineficaz, sino que en últimas terminó siendo perjudicial para el restablecimiento de la salud del paciente. De lo anterior se deduce que el tratamiento con stents medicados no podía ser sustituido por los expresamente contemplados en el POS, pues éstos ya habían sido

agotados;

i. El monto total de los stents era de Veintiún millones de pesos \$21'000.000 que con los ingresos del paciente y su esposa resultaban desproporcionados y vulneradores del mínimo vital, por lo que el paciente realmente no podía sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no podía acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud dada la misma urgencia del tratamiento, y;

(iv) El medicamento y el tratamiento han sido prescritos por el médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado el demandante.

Así las cosas la acción de tutela resulta claramente procedente. Ahora bien, el asunto es que los stents medicados ya fueron implantados al accionante a raíz de la decisión del a quo, empero con la decisión de segunda instancia de ordenar el pago compartido, y aún no haberse efectuado el mismo por parte del accionante, debe esta Sala entrar a determinar si según la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional procede o no tal copago para el tratamiento de una enfermedad considerada ruinosa o catastrófica.

Es importante resaltar que las líneas jurisprudenciales adelantadas por la Corte en relación a la no exigibilidad de las cuotas moderadoras y los copagos han sido diseñadas, principalmente, para cubrir situaciones distantes de las que actualmente se ocupa esta Sala.

De hecho el demandante satisface plenamente todos los presupuestos normativos que excluyen el copago de conformidad a la legislación vigente así:

1. El accionante es un afiliado cotizante del régimen contributivo en salud. La calidad que detenta el petente en relación al sistema de salud de entrada torna inadmisibile la exigencia del copago que según la legislación vigente únicamente se puede reclamar a los beneficiarios del régimen contributivo o subsidiado o a los participantes voluntarios.

1. Para la fecha de interposición de la acción el demandante contaba con 482 semanas cotizadas²³, antigüedad en la afiliación que supera en forma amplia el mínimo de semanas requeridas para la prestación de ciertos servicios en salud para enfermedades de alto costo²⁴. Por lo que no se observa un impedimento de éste orden para la correcta prestación del servicio, en especial si se atiende la finalidad de los copagos como es contribuir a financiar un sistema en el que el beneficiario recibe un servicio sobre el que directamente no ha contribuido o cuando el que ha contribuido no lo ha hecho en forma suficiente para sufragar los tratamientos que demanda, eventos ni uno ni otro aplicables al caso sometido a estudio.

1. Es importante considerar que el accionante previamente a la solicitud de tutela se sometió al tratamiento que ofrecía el POS, como es la cirugía de angioplastia con implantes de stents coronarios previstos en ese Plan. Empero, tal tratamiento no produjo efectos positivos en el paciente sino que mantuvo en grave riesgo no solamente en su salud sino que alcanzó a comprometer su vida misma. Situación por la cual los médicos adscritos a la EPS ratificaron el diagnóstico del médico tratante de la Clínica Shaio en el sentido de ordenar el implante inmediato de los elementos adecuados para su enfermedad, como son los stents medicados.

4. La enfermedad que padece el accionante se ubica dentro de las expresamente consideradas por la normatividad vigente como una dolencia ruinosa o catastrófica, que se encuentra excluida de los copagos. De suerte que en el Artículo 17. TRATAMIENTO PARA ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTRÓFICAS se definen como tal a aquellos tratamientos que “se caracterizan por un bajo costo- efectividad en la modificación del pronóstico y

representan un alto costo”

Dentro de ellas, el literal d. reza:

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

Parágrafo: 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.

Ahora bien, la pregunta que ha de resolver esta Sala es si la expresa exclusión del tratamiento quirúrgico de las enfermedades del corazón del pago compartido con el paciente, se refieren a la mera cirugía, en el caso concreto de análisis, la cirugía de angioplastia coronaria, o por el contrario ello incluye el suministro de aquellas prótesis endovasculares que son el objeto mismo de la cirugía y que por su eficacia se convierten en la única alternativa posible para la recuperación del paciente, como es el implante de los stents medicados.

Para resolver éste cuestionamiento cabe recordar la Sentencia T-859-0325 en la que dos pacientes que presentaban problemas de estabilidad de sus rodillas, demandaron a las EPS con las que se encontraban afiliados por no autorizar la realización de un procedimiento de aloinjerto hueso tendón hueso o aloinjerto tendón hueso, procedimientos recomendados por

los médicos tratantes. En aquella ocasión la Corte amparó el derecho a la salud, seguridad social y dignidad de los demandantes y a su vez señaló:

“El derecho a la salud, en los términos de la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se entiende como el derecho al máximo nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Lo anterior supone una clara orientación finalista de este derecho, lo que impone la adopción del mismo criterio para efectos de interpretar las disposiciones que regulan la materia. Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos requeridos para realizar el procedimiento, salvo que sea expresamente excluido uno de tales elementos.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Es así que la Corte al entrar a verificar que el procedimiento estaba previsto en el POS no existiendo, en cambio, disposición alguna que incluya el suministro del alo-injerto, y teniendo en cuenta el principio hermenéutico finalístico determinó “Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos requeridos para realizar el procedimiento, salvo que sea expresamente excluido uno de tales elementos.”²⁷

Tal línea jurisprudencial fue reiterada en las Sentencias T-860 de 2003, y en forma más reciente en la T-037 de 2006 y T-308 de 2006.

En éste sentido en la Sentencia T-308 de 2006 la Sala Séptima de Revisión precisó que “en determinadas circunstancias se vulnera el derecho fundamental a la salud con la negativa de las entidades encargadas de prestar el servicio de asumir el costo de las intervenciones, procedimientos, tratamientos y medicamentos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Adicionalmente, se presenta otro problema respecto del contenido de dichos planes: la indeterminación de las prestaciones a las que están obligadas las mencionadas entidades.”

Así mismo atendiendo la orientación finalista del derecho a la salud como regla de interpretación en los eventos en que el POS contemple un tratamiento quirúrgico más no el objeto del mismo tratamiento, como el implante de algunos elementos o suministros, en la sentencia en mención se señaló:

“(…) cabe preguntarse: ¿es admisible a la luz de los principios constitucionales la exclusión de los suministros quirúrgicos que permiten la práctica de un procedimiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud? La respuesta es negativa. En efecto, al hacer la interpretación de las inclusiones del POS con base en un criterio finalista, se tiene que los tratamientos e intervenciones que estén contemplados en el mismo, deben contribuir de manera efectiva al tratamiento y recuperación de la enfermedad y en el caso concreto que en esta oportunidad se estudia, dichos suministros quirúrgicos tienen la función de restablecer la salud del paciente. Así lo manifestó el cirujano cardiovascular Juan Rafael Correa, quien atendió al señor Cárdenas Rojas, al señalar que los suministros quirúrgicos en mención fueron necesarios e imprescindibles en la operación del paciente. El injerto recto es lo que reemplaza a la aorta resecada, los hemoclips son utilizados para ligar vasos sangrantes o practicar hemostasia y las medias antiembólicas se utilizan en el post-operatorio para prevenir trombosis venosa de las venas de las piernas²⁸.

De lo dicho se colige que la interpretación restrictiva del Plan Obligatorio de Salud por parte

de la EPS, en cuanto a la exclusión de los suministros quirúrgicos necesarios para la práctica de un procedimiento, incluido en la Resolución 5261 de 1994, no permite la recuperación del paciente y resulta inadmisibles a la luz de los preceptos constitucionales la interpretación restrictiva que se ha hecho respecto del suministro de los elementos quirúrgicos en mención, como excluido del Plan Obligatorio de Salud, pues sin el suministro de éstos, no se logra el objetivo de recuperación de la enfermedad como finalidad última que orienta la normatividad que regula las exclusiones y limitaciones del P.O.S..

En conclusión, la Sala Séptima de Revisión considera que la tesis según la cual al no estar expresamente contemplado el suministro de dichos elementos en el P.O.S, se entienden excluidos del mismo, no solamente es constitucionalmente inadmisibles, sino que violenta las condiciones definitorias mismas de los aparatos cuya destinación es la recuperación de la salud del paciente.”²⁹

En el caso que nos ocupa, según escrito del Ministerio de la Protección Social³⁰ el procedimiento quirúrgico de angioplastia (coronaria y periférica) se encuentra contemplado en el POS, específicamente en la Resolución No. 5261 de 1994 o Manual de Actividades, Intervenciones o Procedimientos, artículo 80, nomenclaturas 25127 y 25128. Así como el implante de los stents coronarios³¹, más no el implante de los stents medicados.

En el caso concreto sometido a análisis el demandante se ha sometido a dos cirugías de angioplastia coronaria, en la primera de ellas practicada en el 2005 se le implantó los stents coronarios convencionales no recubiertos, expresamente contemplados en el POS. Sin embargo hacia finales del 2005 el demandante volvió al servicio de urgencias de la Fundación, donde meses antes se había realizado la operación, presentando dolor en el pecho, dificultad para caminar, subir o bajar escaleras y dificultad para respirar. Por tanto, el procedimiento anterior resultó contraproducente para la salud del paciente al generar un

rechazo a los stents que dio lugar a una “Reestenosis intratent”, según diagnóstico del médico de la Fundación Shaio.

En el mencionado diagnóstico se advierte que los stents coronarios le habían generado una obstrucción del 90% del paso sanguíneo en el vaso más delicado de sus arterias y en un 70% en la segunda arteria afectada, a punto de estar gravemente comprometida su supervivencia. Por lo que se recomendó una nueva cirugía de angioplastia, pero esta vez con implante de stents medicados que resultaban altamente eficaces para la enfermedad de la que padece el demandante.

Alega el demandante que luego del diagnóstico el Doctor Especialista Germán Gómez, Jefe del Departamento de Hemodinamia de la Fundación Shaio, quien había practicado la coronariografía, solicitó el ingreso a cirugía del paciente para el implante de los stents medicados que, al no ser autorizados por la EPS, dio lugar al retiro del paciente, pese a su gravedad, de la sección de urgencias y la interrupción del servicio médico con la consecuente falta de continuidad en la prestación del servicio.

Así las cosas resulta claro que el accionante agotó todas las opciones con las que contaba para mejorar su salud, mientras que la EPS vulneró el principio de continuidad al someter a un paciente con una enfermedad valorada como catastrófica y con grave riesgo sobre su salud y su dignidad, a realizar un sin número de diligencias para que, luego de obtener la protección de sus derechos fundamentales por la acción de tutela interpuesta y por la consecuente orden judicial, finalmente autorizara la instalación de los stents medicados.

En el caso concreto el paciente se acogió a los procedimientos y elementos que encontrándose en el POS fueron recomendados por los médicos tratantes para superar sus problemas de salud, sin que se obtuviera el resultado deseable. Por el contrario, los stents coronarios implantados no solo fueron inadecuados sino incluso perjudiciales para su salud,

por lo que si la finalidad del servicio de salud es mejorar la salud de los pacientes, no hay lugar para que jurídicamente la atención quirúrgica de la enfermedad del corazón excluya el elemento que garantizará el bienestar en salud, en éste caso las prótesis endovasculares adecuadas para el tratamiento de la enfermedad.

Ahora bien, de conformidad a la jurisprudencia constitucional reseñada y en especial por los principios de finalidad y continuidad, la Sala Cuarta de Revisión revocará la decisión del juez ad quem y en su lugar confirmará la decisión del juez de primera instancia en lo que al amparo de los derechos invocados se refiere. Sin embargo, teniendo en cuenta las especiales características del caso, no autorizará la repetición ante el FOSYGA bajo el entendido que la implantación de los stents medicados al convertirse en la única alternativa posible para garantizar el derecho a la salud del demandante y -ante la exclusión de los stents coronarios- el objeto mismo de la angioplastia coronaria, ellos se encuentran incluidos en el POS y por tanto a cargo de la EPS.³²

Por último cabe señalar que el demandante debe además consumir en forma crónica unos medicamentos dentro de los cuales se encuentra el clopydrogel no incluido en el POS, que en su concepto deberían estar previstos en el Sistema General de Salud. Sobre éste aspecto vale la pena tener presente la jurisprudencia de éste Tribunal en relación a las cargas soportables.³³ Éste concepto implica que se vulnera el derecho al mínimo vital cuando para proteger su salud el paciente debe asumir una carga económica desproporcionada en relación a sus ingresos.

En la Sentencia T-372/05 se realizó un recuento jurisprudencial en relación al concepto de cargas soportables de la siguiente manera:

“En la Sentencia de Unificación SU-819 de 1999, reiterada entre otras, en la Sentencia T-564 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte señaló: “el usuario del servicio de salud que cuente con recursos económicos para comprar los medicamentos que no estén en el listado de cobertura del POS deben ser asumidos por ellos, sin embargo, se deberá tener en cuenta, aquella parte de los ingresos que se pueden tomar del flujo de ingresos mensuales del usuario, sin menoscabar aquellos destinados para vivienda, educación, seguridad social (aportes para salud y pensiones), y demás elementos que permitan asegurar una subsistencia digna, como la alimentación y el vestuario”. De igual forma, en la Sentencia T-666 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes, esta Corporación sostuvo al hacer referencia a la noción de gastos soportables, principio desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación 4º, lo siguiente: “Nótese que este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada.” “El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo”.

Así las cosas, las condiciones del Sr. Barragán excluyen un tratamiento de sujeto de especial protección pues a su edad se encuentra en la fase de mayor productividad laboral y sus ingresos base de cotización de Tres millones trescientos treinta y seis mil pesos (\$3'336.000)

resultan suficientes para costear en debida forma los gastos propios de una familia de clase media, con un núcleo familiar compuesto por su esposa y un bebé. Ahora bien, respecto a la ayuda económica que el accionante presta a su hermana, su sobrino y su cuñado, resulta claro que ella está sujeta a las posibilidades económicas del accionante, por lo que opera la presunción constitucional de que “quien haga parte del régimen contributivo cuenta con capacidad de pago”³⁴.

Así mismo el costo aproximado de los medicamentos en el mercado por ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) mensuales, siendo significativos en el presupuesto de una familia, no llegan a ser desproporcionados para los ingresos del accionante ni acarrear un desequilibrio familiar según la misma relación de egresos manifestada mediante declaración jurada. En especial si tenemos en cuenta que el servicio a la salud es considerado como un bien escaso que para su financiación requiere de la solidaridad de los afiliados.

En este sentido cabe recordar lo expresado en la Sentencia T-596 de 2005³⁵,

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De lo anteriormente expresado se concluye que el accionante deberá asumir el coste de los medicamentos para el tratamiento de su enfermedad que no se encuentren incluidos en el POS.

En virtud de lo expuesto, la Corte revocará la providencia del juzgado Veintiuno Civil del

Circuito de Bogotá D.C. del doce (12) de julio de dos mil seis (2006) y confirmará la decisión del Juzgado Cincuenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá, D.C. del veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006), concediendo el amparo solicitado por Carlos Eduardo Barragán Rozo por la protección de sus derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital y a la dignidad humana. Para garantizar los derechos amparados en esta sentencia se ordenará a la EPS Sanitas S.A., que asuma la totalidad del costo de los stents medicados implantados al accionante.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá D.C., y CONFIRMAR la Sentencia del Juzgado Cincuenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá, D.C., que resolvieron la acción de tutela promovida por Carlos Eduardo Rozo Barragán, y en consecuencia, tutelar los derechos invocados en los términos de ésta providencia.

Segundo.- ORDENAR, a la EPS Sanitas S.A., que asuma la totalidad del coste de los stents medicados implantados al accionante.

Tercero.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 100, cuaderno de tutela.

2 Según certificación de los Servicios Especializados en Tránsito y Transporte SETT, el accionante es el propietario de un vehículo de la marca Renault, Twingo modelo de 2006 sin limitación en la propiedad. No obstante en escrito de solicitud de revisión dirigido a este Tribunal el accionante sostiene que a la finalización de sus estudios universitarios, su padre le regaló un vehículo que posteriormente fue hurtado. La indemnización que recibió de la aseguradora decidió entonces invertirla en un nuevo vehículo de baja gama para poder disponer del resto del dinero.

3 En declaración rendida en el despacho judicial el accionante ante la pregunta “Sírvasle decirle al Despacho , usted de que medios subsiste CONTESTO: subsisto de mi salario no más. PREGUNTADO. Mensualmente que ingresos percibe usted CONTESTO: recibo \$2'800.000 pesos con ello pago la cuota de la casa que equivale a \$400.000 mensuales al Fondo Nacional del Ahorro, los servicios públicos que ascienden a \$210.000 pesos mensuales, pago de tarjetas de crédito, gastos personales de mi esposa y mi hija, pago de administración de la casa donde vivo, los gastos de mi hermana mayor que está desempleada.” Folio 6 Cuaderno de segunda instancia.

4 Sentencia T-859-03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Decisión que se basa en el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos de la Sentencia SU-819 de 1999.

5 Reiterado recientemente en la Sentencia T-308/06 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto;

T-1081/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-850/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil ; T-859/03, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-666/04, M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes.

6 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. También ratificado entre otras en la Sentencia T-372/05, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

7 Art. 187 de la Ley 100 de 1993, Art. 8 del Decreto 806 de 1998 y Art. 2 del Acuerdo 260 de 2004.

8 Art. 7 del Acuerdo 260 de 2004.

9 El artículo 6 del Acuerdo 260 de 2004 define que los siguientes servicios médicos se encuentran sujetos al pago de cuotas moderadoras: 1) Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada, 2) Consulta externa por médico especialista, 3) Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios, 4) Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante, 5) Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante y 6) Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud. Sentencia O38/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

10 El artículo 10 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope anual de los copagos que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, en 230% de un salario mínimo legal mensual.

11 El artículo 9 del Acuerdo 260 de 2004 define el tope del copago, por un mismo evento, que debe pagar un afiliado o sus beneficiarios, con ingreso base de cotización entre 2 y 5 salarios mínimos legales mensuales, en 115% de un salario mínimo legal mensual. El párrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 1998 define “la atención de un mismo evento” como “el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario”.

12 Sentencia T-1132-01.

13 Sentencia T-666-04 M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes.

14 La Corte ha señalado que la ausencia de pago de las sumas de dinero necesarias para cubrir el costo de un tratamiento médico no es excusa para retirar a una persona del servicio de salud . Ver Sentencia SU-562 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

15 En cuanto a las exigencias de las semanas mínimas de cotización para acceder al servicio, entre otras, se encuentra la Sentencia T-138-04, M.P. Clara Inés Vargas Hernández :

“(…) 11. Con base en la jurisprudencia constitucional, es posible entonces entrar a determinar en qué casos puede ordenarse directamente a la entidad prestadora de servicios de salud, la atención inmediata de un paciente que necesita con carácter urgente un tratamiento calificado de alto costo:

(i) Cuando la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del afectado.

(ii) Cuando se trata de un tratamiento que no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o que pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad del excluido del plan.

(iii) Cuando el interesado no puede cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie.

(iv) Y cuando el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual está afiliado el demandante.¹⁵

16 Sentencia T-442/04, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida, en conexidad a la salud, de una mujer cabeza de familia, perteneciente al nivel II del Sisben, que no había sido afiliada a ninguna ARS, que padece de

cáncer y que no le había sido practicada una cirugía que requería por no tener la capacidad económica suficiente para pagar la cuota de recuperación. La Corte ordenó inaplicar la regulación referente a cuotas de recuperación y que en las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, la Secretaría de Salud de Cundinamarca debía certificarle al Instituto Nacional de Cancerología que autorizaba los servicios de salud que requiere la accionante con ocasión al cáncer que padece y que subsidiaría el 100% del valor de tales servicios. Sentencia T-819/03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta sentencia la Corte Constitucional revisó el caso de una menor que padecía de un soplo en el corazón, que requería de tratamiento médico, pero que no le era suministrado en la medida que sus padres no tenían la capacidad económica suficiente para pagar los dos salarios mínimos que se les exigía como cuota de recuperación. Durante el trámite del proceso, la menor murió.

Sentencia T-411/03 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia, la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida, seguridad social, salud e igualdad de un señor enfermo de Sida, económicamente inactivo por su estado de salud, a quien se le exigía el pago de cuotas de recuperación por el tratamiento de hospitalización al que estuvo sometido y para que se le continuaran prestando los servicios médicos que requiere (v.gr. consultas médicas y suministro de medicamentos). La Corte ordenó que se le exonerara del pago de cuotas de recuperación por el tratamiento que ya se le había suministrado y por todos los servicios médicos que en adelante requiera.

17Al respecto, ver las siguientes sentencias, entre otras: T-142/04, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-797/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-133/03, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-1153/03, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-340/03, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-062/03, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-699/02, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-501/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-297/01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1663/00, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1130/00 (MP: Alvaro Tafur Galvis), T-582/00, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-579/00, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-236/00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-228/00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-901/99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-876/99, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

18 M.P. Jaime Araujo Rentería.

19 M. P. Jaime Araújo Rentería.

20 El artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” define las enfermedades catastróficas en los siguientes términos:

“Artículo 16. ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTRÓFICAS: Para efectos del presente decreto (sic) se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento.

“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.
- b. Diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de médula ósea y de córnea.
- 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.

21 T-328 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

22 T-058 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-178 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otros casos.

23 Según certificación expedida por el Centro de Atención al Usuario de la E.P.S. Sanitas del 31 de marzo de 2006. Folio 15, cuaderno de tutela.

24 El procedimiento de angioplastia está sujeto a periodos mínimos de cotización y el accionante que desee ser atendido antes de los plazos definidos, deberá pagar un porcentaje del valor del tratamiento, correspondiente al porcentaje de semanas de cotización que le falten para completarlas, de conformidad a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998, que reza:

Artículo 61. Periodos mínimos de cotización: Los periodos mínimos de cotización al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:

Grupo 1: Un máximo de cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año.

(...)

Parágrafo. -Cuando el afiliado sujeto a periodos mínimos de cotización 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 periodos mínimos contemplados en el presente artículo.

Quando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite debidamente esta situación, deberá ser atendido él o sus beneficiarios, por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas en las cuales el Estado tenga contrato. Estas instituciones cobrarán una cuota de recuperación de acuerdo con las normas vigentes.”

25 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

26 Sentencia T-859-03, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

27 Ibidem.

28 Ver cuaderno principal folio 19.

29 Sentencia T-308/06, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

30 Folios 78 a 80 Cuaderno de tutela.

31 Escrito de impugnación del Ministerio de la Protección Social, folios 98 y 99. Cuaderno de tutela.

32 En la Sentencia T-988-05, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Sala quinta de Revisión amparó el derecho a la salud del accionante que actuaba en representación de su madre de 83 años de edad (afiliada beneficiaria) y que por diagnóstico del médico tratante se le practicó una cirugía de angioplastia con implante de dos stents medicados. Es ésta ocasión la Sala amparó los derechos invocados y autorizó la repetición ante el Fosyga.

33 El concepto de carga soportable se acuñó en la jurisprudencia constitucional mediante la Sentencia T-666-03 y ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias T-714/04 y T-1132-01.

34 Sentencia T-372/05, también presente en la Sentencia T-884/04.

35 M.P. Jaime Córdoba Triviño.