

Sentencia T-1305/01

DERECHO A LA SALUD-Mora patronal no exonera a la EPS de la prestación del servicio

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Cobro coactivo por mora patronal

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

Referencia: expediente T-494418

Acción de tutela interpuesta por Keit de Jesús Zamora Mercado contra E.P.S. Salud Total S.A.

Procedencia: Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil uno (2001)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Alvaro Tafur Galvis, Marco Gerardo Monroy, quien la preside y Rodrigo Uprimny Yepes, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la tutela T-494418, en la acción instaurada por el señor Keit de Jesús Zamora Mercado contra la E.P.S. Salud Total S.A. y respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla de fecha 1º de junio de 2001.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS:

-El accionante expresa que es portador del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), agente causante del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (S.I.D.A.) y que se encuentra afiliado a la E.P.S. Salud Total S.A..

-Dice el señor Zamora que el médico que lo está tratando, Dr. Roberto Vázquez Camargo, le ordenó los exámenes de carga viral, (CD3, CD4 y CD8) que miden y evalúan las defensas y estado de la infección. Agrega que le recomendó que se los realizara a la mayor brevedad posible, con el fin de dar inicio a la terapia antirretroviral.

-Salud Total le comunicó al Juez de tutela que la EPS no autorizó dichos exámenes, por cuanto no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud (POS), Resolución 5261 de 1994. La empresa para la cual trabaja el señor Zamora está en mora de pago de los aportes correspondientes.

-Desde hace 48 meses el actor se encuentra afiliado a la entidad demanda y en este momento se encuentra bajo condiciones económicas precarias para realizar los copagos.

-Solicita el señor Zamora que se le ordene a Salud Total S. A. que en el término de 48 horas se realicen los exámenes ordenados por el infectólogo, se le entreguen las drogas profilácticas de antirretrovirales y nutricionales de manera oportuna y permanente, y se le brinde la atención integral (nutricionista, psicólogo, trabajador social odontólogo, médico familiar y demás).

## 1. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Salud Total S.A. por intermedio de su representante legal, Claudia María Sterling Posada, reconoce que el accionante se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de Salud Total S.A. desde el treinta (30) de abril de 1998 como cotizante en el régimen contributivo, y que actualmente es empleado de la empresa Presersoc del Caribe Ltda.

La entidad accionada afirma que la empresa Presersoc del Caribe Ltda. no ha pagado cumplidamente las cotizaciones al subsistema de salud, de modo que en el momento que la empresa cancele todos los pagos de las cotizaciones atrasadas, Salud Total S.A. procederá a expedir las autorizaciones para el cubrimiento económico de los servicios médicos que

requiera el accionante y su grupo familiar.

En tal virtud, solicita que se deniegue la presente tutela y que la orden se dé contra la empresa Presersoc del Caribe Ltda., para que sea ésta la que responda por la atención que requiere el accionante y su familia. Además, que se le informe al usuario que debe acudir a la red pública a efectos de obtener la realización del examen de carga viral y cualquier otro servicio que pudiera necesitar y no estuviera incluido dentro del POS. Asimismo, pide que se le informe al actor que mientras no estén al día los aportes con el subsistema de salud, Salud Total no se encuentra obligada a asumir el costo de ningún servicio médico.

De manera subsidiaria, solicita que: “De no encontrar precedente ninguna de las peticiones anteriores y en el evento en que se desestimen las mismas, solicito que los servicios médicos solicitados por el señor Zamora que sean ordenados practicado por una IPS adscrita o no a la red de prestadores de SALUD TOTAL E.P.S. S.A. y que por ende, SALUD TOTAL E.P.S. S.A. deba cancelar los cargos económicos de dicha atención sin que el usuario tenga derecho a ella, se efectúe en la parte resolutive del fallo que resuelva la presente acción de tutela, pronunciamiento expreso de la facultad que asiste a SALUD TOTAL para que el Estado - Ministerio de Salud le reembolse las sumas asumidas por SALUD TOTAL E.P.S. S.A. de conformidad con las tarifas que a tal efecto utilice la Institución Médica que preste el servicio al señor Zamora.”

## 1. PRUEBA

-Copia de una petición dirigida a Salud Total S.A., en la cual el accionante solicitó: “...se sirva autorizar por medio de quien corresponda un examen de CARGA VIRAL, CD3, CD4 y CD8 por citometría de flujo, que fue solicitado por el Dr. ROBERTO VASQUEZ C. Médico infectólogo y que me fue negado por la persona encargada de autorizarlo por no cubrirlo el POS. ”

-Información de Salud Total S.A. con las afirmaciones relacionadas anteriormente.

## II. SENTENCIA OBJETO DE REVISION

El Juzgado Octavo Penal de Barranquilla, mediante sentencia del 1º de junio de 2001, negó la tutela, por considerar que la E.P.S. de Salud Total S.A. no tiene responsabilidad alguna en la

vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor, por cuanto la suspensión de la prestación de los servicios de salud es consecuencia legal de la falta de pago oportuno de los aportes a cargo del empleador.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### A. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

#### A. TEMAS JURIDICOS

En el presente caso se reitera la jurisprudencia sobre los siguientes temas:

##### 1. La mora patronal no exonera a la EPS de la prestación del servicio

Con respecto a la mora patronal en el pago de los aportes en salud se ha afirmado por esta Corporación que no se puede dejar de prestar los servicios médicos a que tienen derecho los trabajadores afiliados a las EPS. Al respecto ha señalado la Corporación que:

“...si el empleador no efectúa oportunamente las transferencias de los aportes obrero-patronales en materia de salud, que efectivamente fueron deducidos de los salarios, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no pueden afectar el derecho del trabajador a la salud.<sup>1</sup>, más aún cuando “la omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador”, por ende el principio de la buena fe (C.P. art. 83), resultaría de ese modo quebrantado”<sup>2</sup>.

Lo anterior es aplicable a la tutela que se decide en el presente caso.

Una de las razones para que la jurisprudencia señale que se puede exigir a la EPS la prestación del servicio, pese a la mora patronal, es la diligencia que deben desarrollar las EPS

para cobrar los aportes.

La sentencia C-177/98 dice:

“... las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro del libro quinto del estatuto tributario, “serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”. Esto significa que, al igual que las entidades administradoras de pensiones, se entiende que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal. (subrayas fuera de texto)

Por ende, las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos, como quiera que el principio de eficiencia, especialmente consagrado para la seguridad social y para la salud (CP arts 48 y 49), dispone una gestión adecuada para el cobro de las acreencias a su favor. Así pues, cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta a la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (art. 63 del Código Civil)<sup>3</sup>.”

3. El examen de carga viral en pacientes portadores de VIH es indispensable y se debe proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

Al respecto, se dijo en la sentencia T-849/014:

“... el examen de carga viral en pacientes portadores de VIH es indispensable para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas por cuanto:

a) La medición de la carga viral constituye un elemento fundamental para decidir la necesidad de iniciar tratamiento y controlar la respuesta a éste, tanto a corto como a largo plazo.

b) Hasta la fecha, la prueba de carga viral es el mejor y más objetivo método para evaluar si un tratamiento anti VIH sirve o no al paciente y, en consecuencia, cambiarlo o continuar con el mismo.

c) Un paciente bajo un tratamiento no efectivo no reacciona positivamente y podría progresar a SIDA.

d) De no estar sometido a un tratamiento idóneo el paciente puede desarrollar cepas de virus resistentes a los medicamentos que esté utilizando lo cual puede llevar a una falla virológica y un mayor compromiso del sistema inmunitario que aumenta el riesgo de infecciones oportunistas.

e) Al no contar con el examen de carga viral, el médico tratante debe implementar una terapia antirretroviral empírica con desconocimiento del estado virológico del paciente infectado.

De las anteriores razones se desprende que la realización del mencionado examen sí está ligada con la determinación del tratamiento<sup>5</sup>. En consecuencia, no es válida la excusa de la no inclusión del examen de carga viral en el POS ya que se debe inaplicar esta norma de inferior jerarquía para darle aplicación a los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la vida en condiciones dignas al buscar la curación del portador de VIH.<sup>6</sup>

En la sentencia T-849 de 20007 se concluyó lo siguiente:

“En la realización de los exámenes no se puede oponer como excusa válida el no estado de gravedad del paciente. Lo anterior en virtud de que uno de los fines de la medicina es la prevención de agravamiento de las enfermedades<sup>8</sup>. No es razonable esperar que la persona presente graves síntomas para realizar exámenes que determinen con precisión la enfermedad que padece el paciente o el tratamiento óptimo a seguir una vez detectada la enfermedad.

En la sentencia T-1204/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero se ordenó la realización del examen de carga viral a la accionante que padecía de hepatitis C ya que en concepto del médico tratante, a pesar de que “desde el punto de vista clínico la Carga Viral no e[ra] una urgencia vital el único examen capaz de determinar la necesidad de nuevas modalidades terapéuticas o la expectativa de vida dado que la enfermedad de base era de mal pronóstico sin tratamiento era este”.

Este argumento es claramente aplicable al caso de los portadores de VIH quienes en muchas

ocasiones son asintomáticos. En estas personas se sigue desarrollando silenciosamente el virus de no ser prescrito el tratamiento a seguir en su debida oportunidad. En consecuencia, mientras se omita la realización de exámenes determinados por el médico tratante para fijar el procedimiento a seguir, se estará vulnerando el derecho a la salud en conexidad con la vida. ”

#### 4. Tratamientos y exámenes excluidos del POS

Los exámenes hacen parte del tratamiento, ya que son necesarios e importantes para determinar el estado del paciente. Sobre la base del criterio científico del profesional de la salud, el peticionario tiene el derecho a que se le brinde la totalidad del tratamiento de forma adecuada.

Por las circunstancias de gravedad de la enfermedad que presenta el actor en este caso, la reglamentación administrativa que aduce Salud Total para negar los exámenes o sea la Resolución 5261 de 1994, se torna inconstitucional para el caso concreto, pues pone en peligro derechos constitucionales fundamentales. Por esta razón debe inaplicarse tal normatividad para ceñirse a lo dispuesto por la Constitución.

La Corte ha sostenido en diversas oportunidades que la no entrega de los medicamentos y tratamientos no contemplados en el POS constituye una violación del derecho a la salud en conexidad con la vida, cuando de éstos depende la existencia del ser humano. Por lo tanto, deben ser inaplicadas las normas que contemplan dicha regulación por incompatibilidad con los mandatos de la Carta (art. 4º).

#### CASO CONCRETO

Según el peticionario, Salud Total EPS S.A. no le ha practicado los exámenes de carga viral, CD3, CD4 y CD8 para el tratamiento de la enfermedad grave que lo aqueja. La razón que la entidad aduce es que estos exámenes se encuentran fuera del POS y además que la empresa para la cual trabaja está en mora de sus deberes patronales.

En este caso específico, es claro que la omisión de Salud Total S.A. para realizar los exámenes requeridos por actor, hace indigna su existencia, porque no le permite gozar de

una calidad de vida que pueda sobrellevar por el tipo de enfermedad que padece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente tanto a nivel personal, como en el medio que se desempeña. Al no efectuársele estos exámenes se le está violando el derecho a la vida y a la salud, a menos que se le proporcionen las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia.

En este orden de ideas, esta Sala concluye que la negativa de Salud Total S.A. de realizar al señor Zamora Mercado los exámenes que requiere para su tratamiento, es violatoria de sus derechos a la salud, igualdad y a la seguridad social. Por consiguiente, se revocará la sentencia del a-quo y, en su lugar, se concederá la tutela impetrada.

En cuanto a la orden que se dará teniendo en cuenta que en el expediente no está la orden del médico tratante, pero la EPS reconoce que no ha autorizado el tratamiento, queda supeditado el tratamiento, a la previa orden escrita del médico tratante.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, el primero (1) de junio de 2001, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y a la dignidad del señor Keit de Jesús Zamora Mercado. En consecuencia, se ordena a Salud Total S.A. EPS, que si el médico tratante lo determina se realicen los exámenes y el tratamiento al señor Keit de Jesús Zamora Mercado. Si la orden médica incluye medicamentos y tratamiento que no figuran en el POS, Salud Total S.A. podrá repetir contra el FOSIGA.

SEGUNDO. INAPLICAR para este caso el artículo 18 de la Resolución 5261de 1994 del Ministerio de Salud, en lo pertinente, según se indicó en la parte motiva de este fallo.

TERCERO. LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia T-1305/01

JURISPRUDENCIA-Imposible demostrar corrección ética y jurídica/JURISPRUDENCIA-Demostración de error jurídico con respuesta alternativa mejor (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad (Aclaración de voto)

CLAUSULA DE INMUNIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES-No están sujetos a negociación política ni a disponibilidad de recursos (Aclaración de voto)

DERECHOS SOCIALES-Recursos económicos limitados/DERECHO A LA SALUD-Protección limitada a los recursos económicos (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance (Aclaración de voto)

DOCTRINA INTERNACIONAL SOBRE DERECHO A LA SALUD-Alcance (Aclaración de voto)

COMITE INTERNACIONAL-Salud como derecho fundamental/COMITE INTERNACIONAL-Protección de la salud dependiendo de la disponibilidad de recursos (Aclaración de voto)

DOCTRINA INTERNACIONAL SOBRE DERECHO A LA SALUD Y LA JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD-Desarrollo progresivo (Aclaración de voto)

AUTORIDAD POLITICA-Definición del alcance de los servicios de salud/AUTORIDAD POLITICA-Límites en la definición del alcance de los servicios de salud (Salvamento de voto)

DERECHO A LA SALUD-Cooperación entre el legislador, la ciudadanía y el juez constitucional/DERECHO A LA SALUD Y PROCESO DEMOCRATICO-Protección (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Realización examen de carga viral (Aclaración de voto)

En la aclaración de voto a la sentencia T-1207 de 2001, desarrollé en forma sistemática las razones por las cuales no puedo adherir plenamente a la jurisprudencia de la Corte sobre la salud como un derecho fundamental por conexidad. Esas consideraciones son plenamente aplicables al presente caso y explican también por qué en esta sentencia me veo obligado a aclarar mi voto. Remito entonces a la mencionada aclaración de voto.

Fecha ut supra,

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

1 Sentencia T-606 de 1996, T-072 de 1997. T-171 de 1997, T-299 de 1997, T-202 de 1997, T-398 de 1997.

2 Sentencia T-323 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Se reiteró en la sentencia T-299 de 1997.

3 Sentencia T-417/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

5 Por tratamiento se entiende “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo” (numeral 11, artículo 4, Decreto 1938 de 1994)

6 El concepto jurídico de curación va ligado con el de calidad de vida del paciente. Como dijo la Corte en anterior sentencia, “curación no tiene un solo significado: superación del mal, sino que también significa mejoría, progreso, tratamiento necesario.” (Sentencia T-020/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero en la cual no se daba tratamiento a niños con síndrome de down por considerarse una enfermedad incurable) Tratándose de los portadores de VIH así nos encontremos frente a una enfermedad incurable, esto no puede ser óbice para otorgar la posibilidad de curación suministrándole tratamiento médico y facilitando la fijación del mismo.

7 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 Ver Sentencia T-560/98 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. (En este caso tuteló el derecho a la salud de la accionante quien necesitaba la realización de un examen para determinar la enfermedad de la garganta de la cual padecía y, en consecuencia, el tratamiento a seguir.)