

Sentencia T-326/04

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Realización examen de carga viral y repetición contra el FOSYGA

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Inclusión en el POS del régimen contributivo la práctica del examen de carga viral

La Corte en varias de sus providencias, protegiendo los derechos de quien acudía a la acción de tutela, ordenaba la práctica del examen de carga viral. Pero a su vez, teniendo en cuenta los intereses de las Empresas Promotoras de Salud, las facultaba para ejercer el derecho de repetición en contra del Estado Colombiano, específicamente en contra del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). No obstante lo anterior, en adelante esta orden ya no será necesaria por cuanto, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante acuerdo número 254 de diciembre de 2003, hizo los ajustes correspondientes a la Unidad de Pago por Capitación para incluir en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo la prueba de ayuda diagnóstica de laboratorio Carga Viral, al considerar que este examen “generaba la mayor proporción de recobros al Fondo de Solidaridad y Garantía (fosyga).

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Obligación de realizar examen de carga viral

Las Empresas Promotoras de Salud estarán en la obligación de realizar este tipo de examen diagnóstico, pues el servicio médico ya se encuentra incluido en el POS. Por ello, las EPS deberán autorizar su práctica, al paciente que se lo solicite. Así las cosas, es claro que las consideraciones en que fundaban las Empresas Promotoras de Salud, su decisión de denegar la práctica del examen de carga viral, no podrán en adelante, ser de recibo. Tampoco, tendrán la facultad de recobro ante el Estado Colombiano, ya que el examen de carga viral se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Realización examen de carga viral y prestación de servicios médicos

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Examen de carga viral indispensable para determinar tratamiento

Acción de tutela de Luis Alberto Montes Mejía contra Salud Total EPS

Procedencia: Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D. C., quince (15) de abril de dos mil cuatro (2004).

La Sala Segunda (2a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de su competencias constitucionales y legales han proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Luis Alberto Montes Mejía contra Salud Total EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo la Secretaría del Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

### I. ANTECEDENTES

El actor presentó acción de tutela el veintisiete (27) de octubre de 2003, ante el Juzgado Civil Municipal de Bogotá, reparto por los hechos que se resumen a continuación:

#### A. Hechos.

El actor, está afiliado a la EPS Salud Total desde el 27 de marzo de 2003, en calidad de cotizante como trabajador de la empresa Expertos Ltda. El 3 de octubre de 2003, fue internado en el Policlínico del Barrio Olaya, en donde le diagnosticaron el virus de inmunodeficiencia humana (vih). En consecuencia, se ordenó la práctica del examen de carga viral. Sin embargo, éste fue negado pues la EPS argumentó su exclusión del Plan Obligatorio de Salud.

#### B. La demanda de tutela.

El actor considera que Salud Total EPS, vulnera su derecho a la vida (artículo 11 de la Constitución), la salud (artículo 49 de la Constitución) y seguridad social (artículo 48 de la Constitución) puesto que por su enfermedad necesita el tratamiento médico ordenado y no cuenta con recursos económicos para sufragar los costos del mismo.

#### C. Pretensión.

Solicita se ordene a la EPS demandada que autorice la práctica del examen de carga viral y demás tratamientos médicos hasta su total recuperación.

#### D. Trámite procesal.

El Juzgado Cincuenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, admitió la acción y ordenó su notificación al representante legal de Salud Total EPS.

- Respuesta enviada por Salud Total EPS al Juez de Tutela.

En oficio remitido el 31 de octubre de 2003, Salud Total EPS a través de su representante legal, informó que el señor Luis Alberto Montes Mejía, se afilió al sistema de seguridad social en salud, desde el 28 de marzo de 2003. Su último empleador fue "Expertos Temporal Personal", empresa que reportó su retiro laboral el día 30 de septiembre de 2003. Es decir, el actor actualmente se encuentra por fuera del régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, por tanto no le corresponde a la EPS el cubrimiento económico de los servicios que requiere.

Asimismo, señaló que el periodo de protección laboral a que se refiere el artículo 75 del decreto 806 de 1998, establece una protección de 30 días contados a partir de la fecha de desvinculación siempre y cuando el trabajador haya estado afiliado al sistema como mínimo doce meses y tres meses cuando el usuario lleve cinco años o mas de afiliación.

En este caso, el señor Montes no tiene derecho a esta protección por cuanto, su afiliación no duró los doce meses exigidos en la norma. Y la ausencia de pago de los aportes no puede ser imputable ni al trabajador ni al empleador, pues ha finalizado la relación laboral, ya no corre deuda alguna para el empleador, por el contrario la afiliación del usuario se termina. En consecuencia, no puede exigírsele a la Empresa Promotora de Salud, la prestación de ningún servicio médico.

#### E. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del once (11) de noviembre de dos mil tres (2003), el Juzgado Cincuenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, concedió el amparo solicitado por el actor.

Con fundamento en jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, el despacho judicial, consideró que el derecho a la vida debe protegerse por encima de cualquier otro derecho, especialmente si se trata de derechos de carácter económico. Por tanto, señaló que la negativa de la EPS demandada de no autorizar la práctica del examen de carga viral, bajo el argumento que se trata de un “servicio no POS” vulnera los derechos del actor. En consecuencia, ordenó “a la entidad accionada Salud Total EPS, que en el término de cuarenta y ocho horas proceda a autorizar al accionante el examen de carga viral y cubrir el 100% del costo del mismo, y que fue ordenado por el médico tratante”

#### F. Impugnación.

En escrito presentado en tiempo, el representante de Salud Total EPS impugnó la decisión de instancia, informando que ha impartido las instrucciones correspondientes para la atención del afiliado en los términos de la providencia proferida. Sin embargo, consideró que debe ordenarse el recobro de los dineros gastados en exceso ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, por tal razón, solicitó que se modifique la decisión del a quo, haciendo expresa mención en la parte resolutive de la posibilidad de acudir ante el Fosyga a solicitar el reembolso del dinero.

#### G. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del nueve (9) de diciembre de dos mil tres (2003), el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá revocó el fallo proferido por el a-quo y, en su lugar, denegó el amparo solicitado, al considerar que el actor no se encuentra afiliado al régimen de seguridad social en salud, pues perdió el derecho a los servicios de salud que le venían prestando el 1 de noviembre de 2003.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Primera. Competencia.

Segunda. Lo que se debate.

Como se desprende de los antecedentes, la acción de la referencia se interpuso para obtener la autorización del examen de carga viral por parte de la EPS Salud Total, entidad a la que se encontraba afiliado el actor, y quien según su concepto, no se encuentra obligada a ello, pues el examen médico solicitado se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud. Además, el empleador reportó el retiro del demandante del sistema de seguridad social en salud.

Corresponde a esta Sala de Revisión analizar, entonces, si existió vulneración o no de derecho fundamental alguno del actor.

Tercera.- Reiteración de jurisprudencia sobre la necesidad de realizar el examen de carga viral al enfermo del virus de inmunodeficiencia humana (vih).

3.1. Ha sido abundante y reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con la necesidad de autorizar la práctica del examen de carga viral al enfermo de vih, así no esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud ( ver sentencias T-1121/2002, T-1138/2001, T-1141/01, T-1207/2001, T-1245/2001, T-1305/2001, T-070/2002, T-113/2002, T-116/2002, T-142/2002, T-194/2002, T-586/2002 y T-016/2003, entre otras ).

3.2. En las mencionadas providencias, se ha dejado en claro que el examen de carga viral es indispensable para evaluar el tratamiento a seguir de todo paciente infectado con el virus. Por ello, se ha dicho que “La carga viral, es un marcador de laboratorio que permite predecir, evaluar la eficacia de las drogas antirretrovirales y hacer seguimiento a la respuesta del tratamiento antirretroviral. Las recomendaciones de los grupos de expertos y protocolos internacionales establecen que idealmente todo paciente infectado con el VIH antes de iniciar el tratamiento antirretroviral debe tener de base una carga viral”<sup>1</sup>

Igualmente, se ha afirmado que no puede ninguna entidad promotora de salud, negar la práctica del examen de carga viral, al considerar que se encuentra fuera del POS, puesto que con el fin de dar prevalencia a los preceptos de la Constitución, las disposiciones legales que excluyen la práctica de exámenes médicos como el que aquí se reclama ha sido inaplicada por parte de esta Corporación en los casos concretos que desde la óptica constitucional

constituyen obstáculos para la protección de los derechos a la vida y a la salud en conexidad. (Sentencia T-220 de 2002)

3.3. En este orden de ideas, la Corte en varias de sus providencias, protegiendo los derechos de quien acudía a la acción de tutela, ordenaba la práctica del examen de carga viral. Pero a su vez, teniendo en cuenta los intereses de las Empresas Promotoras de Salud, las facultaba para ejercer el derecho de repetición en contra del Estado Colombiano, específicamente en contra del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

En consecuencia, desde 1997 su consolidada jurisprudencia señaló que: “como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, el artículo 165 de la ley 100 de 1993 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”. (Sentencia SU 480 de 1997)

3.4. No obstante lo anterior, en adelante esta orden ya no será necesaria por cuanto, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante acuerdo número 254 de diciembre de 2003, hizo los ajustes correspondientes a la Unidad de Pago por Capitalización para incluir en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo la prueba de ayuda diagnóstica de laboratorio Carga Viral, al considerar que este examen “generaba la mayor proporción de recobros al Fondo de Solidaridad y Garantía (fosyga)”<sup>2</sup>.

Es decir, después de realizado este acuerdo, las Empresas Promotoras de Salud estarán en la obligación de realizar este tipo de examen diagnóstico, pues el servicio médico ya se encuentra incluido en el POS. Por ello, las EPS deberán autorizar su práctica, al paciente que

se lo solicite.

Así las cosas, es claro que las consideraciones en que fundaban las Empresas Promotoras de Salud, su decisión de denegar la práctica del examen de carga viral, no podrán en adelante, ser de recibo. Tampoco, tendrán la facultad de recobro ante el Estado Colombiano, ya que el examen de carga viral se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

3.5. Sin embargo, en el caso objeto de revisión, para la fecha en que se instauró la acción de tutela - octubre de 2003-, aún no se había proferido el acuerdo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; razón por la que la EPS Salud Total, negó la práctica del examen solicitado por el actor, argumentando que se encuentra excluido del POS. Éste hecho hizo que el demandante acudiera al juez de tutela con el fin de que se reiterará la jurisprudencia proferida por la Corte y se autorizará la carga viral requerida.

Después del fallo de primera instancia, en la impugnación Salud Total empezó a otorgar la atención al demandante y solicitó simplemente que se modificará la sentencia dándole la posibilidad de repetir contra el Fosyga. Pero, el ad- quem desconociendo la primacía de los derechos fundamentales del peticionario revocó el fallo, considerando no sólo la exclusión del POS del examen solicitado, sino que adicionalmente argumentó que por el retiro del señor Montes Mejía de la empresa donde laboraba, carece de seguridad social y no está la entidad promotora de salud en la obligación de prestar ningún servicio médico.

3.6. Para la Sala, si bien, la decisión de segunda instancia, se fundamenta en normas legales, al considerar que el demandante fue retirado de la empresa, y por tanto dejó de cotizar al sistema de salud, perdiendo el periodo de protección laboral consagrado en estos casos. Dicha decisión, desconoce que según el decreto 1543 de 1997, existe una obligación de atención por parte de quien presta los servicios de salud a los enfermos de vih o sida, pues el artículo 8 del mencionado decreto, establece:

“OBLIGACIÓN DE ATENCIÓN. Ninguna persona que preste sus servicios en el área de la salud o institución de salud se podrá negar a prestar la atención que requiera una persona infectada por el virus de inmunodeficiencia humana (vih) asintomático o enferma del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida), según asignación de responsabilidades por niveles de atención so pena de incurrir en una conducta sancionable de conformidad con las disposiciones legales”

Por tanto, independientemente de la discusión de si el actor aún se encuentra cotizando o no al régimen contributivo de Salud Total EPS, debe considerarse, la especial protección que tienen quienes padecen de este tipo de enfermedades, aunado al hecho de que es la propia Constitución, la que reconoce que “el derecho a la vida es inviolable” (artículo 11 C.P).

Ha de tenerse en cuenta, además que el actor acudió al “Policlínico del Barrio Olaya” el día 3 de octubre de 2003, y la empresa donde laboraba, reportó su retiro el día 30 de septiembre del mismo año, es decir sólo habían transcurrido tres días cuando se le detectó su enfermedad, razón por la que puede afirmarse que el señor Montes se encontraba dentro de un periodo de protección laboral, siendo Salud Total EPS, la entidad encargada de la prestación de los servicios médicos requeridos.

Lo anterior significa que, ninguna entidad promotora de salud puede dejar a la deriva a una persona contagiada con el virus de inmunodeficiencia humana (vih), pues para este tipo de personas la práctica de procedimientos médicos y en especial, el examen de carga viral son indispensables para determinar el tratamiento que en adelante deben seguir para poder vivir con dignidad.

Téngase en cuenta, además que si prestado un año de servicio se tiene derecho a la protección en salud por un período adicional de treinta (30) días<sup>3</sup>, no resulta irrazonable, ni desproporcionado que, en este caso, en que se había prestado el servicio por el término de seis meses se proteja al trabajador a quien se le detecta una enfermedad tres días después de su desvinculación.

En consecuencia, se ordenará a Salud Total EPS que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, autorice la práctica del examen de carga viral ordenado al actor, así como la prestación de los servicios médicos que requiera para el tratamiento de su enfermedad, hasta cuando se tramite por parte del peticionario la afiliación al régimen subsidiado o pueda nuevamente vincularse en el régimen contributivo.

Se aclara que la Entidad Promotora de Salud, tendrá derecho al recobro contra el Fosyga, por los costos en los que incurra en cumplimiento de este fallo, debido a que a la fecha de solicitud de la prestación de los servicios médicos aún no se había proferido por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el acuerdo 254 de diciembre de 2003.

### III.- DECISION.

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

#### RESUELVE:

Primero: REVÓCASE la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, que revocó el fallo del Juzgado Cincuenta y Seis Civil Municipal, en la acción de tutela instaurada por el señor Luis Alberto Montes Mejía en contra de Salud Total EPS.

En consecuencia, ORDÉNASE al representante legal de Salud Total EPS o quien haga sus veces que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice la práctica del examen de carga viral ordenado al actor, así como la prestación de los servicios médicos que requiera para su enfermedad, hasta cuando se tramite por parte del peticionario la afiliación al régimen subsidiado.

Segundo: La entidad podrá repetir contra el Fosyga por los gastos en que hubiere incurrido en el cumplimiento de esta tutela, pago que deberá verificarse en el término de seis meses contados a partir de la respectiva solicitud.

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

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Según concepto médico emitido por la Academia Nacional de Medicina, se pudo determinar que la práctica del examen de carga viral, es indispensable para el manejo de los pacientes considerados como portadores del virus. (Sentencia T-849 de agosto de 2001)

2 Acuerdo 254. Diario Oficial 4517 de 31 de diciembre de 2003 Consejo Nacional De Seguridad Social En Salud - Ministerio De Protección Social. En dicho acuerdo, también se incluyó la prótesis endovascular stent coronario convencional, dentro del POS.

3 El periodo de protección laboral fijado en el artículo 75 del decreto 806 de 1998 como consecuencia de la finalización de la relación laboral, o de la pérdida de capacidad de pago del trabajador independiente es de treinta (30) días contados a partir de la desafiliación, cuando el trabajador haya estado vinculado al sistema como mínimo los doce meses anteriores, y de tres (3) meses cuando el usuario lleve 5 años o mas de afiliación continua en la misma entidad promotora de salud.