

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Suministro de tratamiento por EPS sin cumplir periodo mínimo de cotización

DERECHO A LA SALUD-No se pueden oponer periodos mínimos de cotización ante situaciones de urgencia

ACCION DE TUTELA-Condicion para que proceda sin cumplir periodo mínimo de cotización

La acción de tutela no procede en forma automática en todos los eventos, sino que es preciso que concurren las siguientes condiciones: (1) Que el paciente esté afiliado a la empresa prestadora de salud de la que reclama la atención; (2) que la vida del usuario se ponga en peligro si no se realiza el tratamiento o el procedimiento médico ordenado en forma inmediata; (3) que el tratamiento o el procedimiento haya sido ordenado por el profesional de la empresa prestadora de salud en la que está afiliado el paciente; (4) que esté demostrado que el paciente no puede sufragar los costos que se le exigen con carácter de copago.

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Examen de carga viral fundamental para tratamiento de Sida.

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Realización examen de carga viral

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el Fosyga

Reiteración de jurisprudencia

Referencia: expediente T-735407

Acción de tutela instaurada por Luis Alfonso Chávez Henao contra la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales Seccional Barranquilla.

Magistrado Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil tres (2003).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de su competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado el veintiuno (21) de marzo de dos mil tres (2003), por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Luis Alfonso Chávez Henao contra la E.P.S. Seguro Social, Seccional Barranquilla.

### I. ANTECEDENTES.

#### 1. Hechos.

El actor manifiesta que se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del Seguro Social, como beneficiario adicional de la señora Olinda María Chávez Henao. Agrega que es portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana -VIH-, razón por la cual el médico tratante adscrito a la entidad accionada le ordenó los medicamentos INDANIVIR, NORVIR, 3TC, AZT, al igual que el examen de carga viral y CD4. Sin embargo, cuando fue a reclamar los medicamentos a la entidad accionada, el jefe de farmacia le informó que los proveedores no suministraron los medicamentos.

#### 2. Pruebas.

- Orden de servicios expedida por el Seguro Social -I.S.S.- (Folio 6).
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía y del carné del Seguro Social del accionante. (Folio 11).

#### 3. Pretensiones y derechos presuntamente vulnerados.

El actor considera que se le están vulnerando los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y en tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, tales

como el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad social, y a la dignidad humana. En consecuencia, solicita se entreguen los medicamentos ordenados y se realicen los exámenes indicados.

## II. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

La Gerente Seccional de la E.P.S. del Seguro Social afirmó, en escrito remitido al juez de instancia, que el accionante no ha cotizado los períodos mínimos exigidos por el Decreto 047 de 2002, en armonía con el Decreto 806 de 1998, por lo cual debe cancelar en forma directa los recursos necesarios para recibir íntegramente el tratamiento que requiere.

## III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

### 1. Primera Instancia.

El diez (10) de febrero de dos mil tres (2003), el Juzgado 5º Penal del Circuito de Barranquilla decidió conceder el amparo solicitado, teniendo en cuenta que el accionante reunía los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para la protección respectiva. El despacho ordenó al Vicepresidente del Seguro Social de Bogotá y al Gerente Seccional del Seguro Social del Atlántico, iniciar las gestiones encaminadas a suministrar los medicamentos y exámenes de laboratorio denominados Carga Viral y CD4, al igual que las demás pruebas y drogas requeridas.

### 2. Impugnación.

La Gerente Seccional del Seguro Social impugnó la decisión de primera instancia, para lo cual señaló que la entidad no está en la obligación de suministrar el tratamiento demandado hasta tanto el recurrente no cumpla el mínimo de semanas necesarias para tal efecto. Subsidiariamente, solicitó que se ordene al Seguro Social recobrar al FOSYGA los sobrecostos en que incurra como consecuencia del acatamiento de la orden de tutela.

### 3. Segunda Instancia.

Con el argumento de que no está acreditada la carencia de recursos económicos del accionante, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla revocó el fallo de primera instancia, en lo que se refiere a los exámenes de Carga Viral y Cd4, indicando que para que

el accionante pueda tener acceso a estos servicios médicos debe cancelar el valor correspondiente al porcentaje de semanas que le falten cotizar.

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

##### 1. Competencia.

La Sala Novena de Revisión es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la decisión a tomar se limitará a una breve justificación, toda vez que existe reiterada jurisprudencia sobre el particular.

En el presente caso corresponde determinar si la no realización de la prueba de carga viral ordenada por el médico tratante para determinar el tratamiento a seguir en el accionante, constituye una vulneración al derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas.

Para resolver situaciones como la aquí planteada y amparar los derechos del peticionario en tutela, ya la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido en varias ocasiones que, “en casos de enfermedad y tratamientos permanentes comprobados, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio. Pues, por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Por tanto en estos casos, los afiliados que no cumplan con los períodos mínimos de cotización y requieran ser tratados en razón de una enfermedad considerada catastrófica o ruinosa, sin tener los recursos necesarios para sufragar el porcentaje que le correspondería, tienen el derecho y las entidades el deber de atenderlos.” 1

Un fallo más reciente también recordó que el frecuente debate que se suscita entre las entidades prestadoras de salud y el afiliado al que se le ha diagnosticado una enfermedad de las denominadas catastróficas o de alto costo, que no ha cotizado el número de semanas exigido por la ley, ha sido resuelto en el sentido de que estando demostrada la situación de urgencia, la entidad responsable no puede oponerse a realizar el tratamiento o

procedimiento médico que requiera el afectado. Se dijo igualmente que en aquellos casos en que se exija al usuario el copago correspondiente al número de semanas que le faltan de cotización, la empresa prestadora de salud puede reclamar los sobrecostos ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Salud, Fosyga, con el fin de que la entidad no sufra la desmejora económica que tal atención pueda implicar.<sup>2</sup>

Sin embargo, ha señalado la doctrina constitucional que la acción de tutela no procede en forma automática en todos los eventos, sino que es preciso que concurren las siguientes condiciones:

(1) Que el paciente esté afiliado a la empresa prestadora de salud de la que reclama la atención; (2) que la vida del usuario se ponga en peligro si no se realiza el tratamiento o el procedimiento médico ordenado en forma inmediata; (3) que el tratamiento o el procedimiento haya sido ordenado por el profesional de la empresa prestadora de salud en la que está afiliado el paciente; (4) que esté demostrado que el paciente no puede sufragar los costos que se le exigen con carácter de copago.<sup>3</sup>

El cumplimiento de los anteriores supuestos para el caso concreto se verifica de la siguiente manera:

1-Al analizar la sentencia T-849 de 2001, donde se estudiaron los conceptos emitidos por la Academia de Medicina, la Liga Colombiana contra el Sida y el Ministerio de Salud - Dirección General de Salud Pública en punto a la gravedad que representa el virus del Sida, se concluyó que tanto el examen de carga viral, como el perfil CD4/CD8, son indispensables para determinar la efectividad de los tratamientos y controlar el progreso de la enfermedad. El examen de carga viral, como se indica, es uno de los exámenes más seguros para medir la cantidad de copias virales por mililitro de sangre e indicar el tratamiento antirretroviral a aplicar.

Por su parte el Ministerio de Salud, en esa ocasión, aclaró que tanto el examen de carga viral como el de CD4 son importantes, sin que sea excluyente uno del otro, al decir 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 (dos muestras, tomadas con dos o cuatro semanas de intervalo), y un recuento de linfocitos CD4+.”

“Como predictores independientes de la evolución clínica de los pacientes infectados con el VIH, el uso combinado de la carga viral y el recuento de linfocitos CD4+ hace una descripción completa de la evolución clínica individual del paciente y la respuesta a la terapia antirretroviral.”

2-En estas condiciones, tanto el examen CD4, como el de carga viral se tornan importantes frente al diagnóstico y tratamiento del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, porque sin ellos, tal como lo mencionan los especialistas, se corre el riesgo de que el paciente no reaccione positivamente a la enfermedad.

3. Igualmente, ya la jurisprudencia constitucional, basada en estudios especializados, ha señalado en su doctrina vigente que el examen de carga viral es el más indicado para decidir el inicio o no de la formulación de antirretrovirales, corroborar si el tratamiento está siendo suministrado al paciente en debida forma, y definir si el programa antiviral es el indicado o no, para en su defecto cambiarlo; las decisiones y conclusiones que arroja la realización de un examen de carga viral son vitales en la protección del derecho a la vida. Al no contar con el examen de carga, el médico tratante debe implementar una terapia antirretroviral empírica con desconocimiento del estado virológico del paciente infectado.<sup>4</sup>

4. Para la Gerente de la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales, no se han vulnerado los derechos fundamentales del accionante porque los procedimientos que requiere demandan de número mínimo de semanas cotizadas y el paciente no cumple con dicho requisito. Sin embargo, como ya se expuso, para el cubrimiento de enfermedades catastróficas o de alto costo como lo es el VIH, la Corte ha dicho que cuando está de por medio la vida y no se tiene dinero para sufragar el porcentaje del valor total del tratamiento que falte por cubrir, la E.P.S. lo debe asumir la prestación y repetir contra el Estado.<sup>5</sup>

Teniendo en cuenta que los exámenes referidos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, la Corte reconoce que la E.P.S. Seguro Social tiene derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA), por el costo de lo que deba asumir en cumplimiento de este fallo.

## V. DECISIÓN.

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

### RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Luis Alfonso Chávez Henao contra la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo. En consecuencia, CONCEDER el amparo del derecho a la salud en conexidad con la vida.

Segundo. ORDENAR a la Empresa Promotora de Salud Seguro Social, Seccional Atlántico, que en del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia autorice al actor la práctica de las pruebas de carga viral y CD4 ordenadas por el médico especialista, así como el tratamiento que se requiera, incluida la práctica de las demás pruebas de laboratorio, exámenes y suministro de medicamentos prescritos por el médico respectivo.

Así mismo, se declara que le asiste derecho a la E.P.S. Seguro Social, Seccional Atlántico, de repetir contra el Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA), lo que pague en cumplimiento de lo establecido en la presente sentencia.

Tercero. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencias T-501/02, T-160/01, T-875/99, T-691/98, T-685/98, T-442/94.

2 Sentencia T-699 de 2002.

3 En el mismo sentido puede consultarse, entre otras, las sentencias T-876 de 1999, T-236 de 2000, T-797 de 2001, T-228 de 2000, SU-089 de 1999 y T-447 de 2002, cuyas consideraciones se reiteran en esta oportunidad.

5 Ver SU-480 de 1997.