

Sentencia T-603/01

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Práctica de exámenes

El juez constitucional, como cualquier juez de la República, debe arribar a conclusiones con base en el análisis ponderado y juicioso de las pruebas que hayan sido aportadas a la actuación, y no con base en suposiciones, conjeturas o, como en este caso, equiparaciones sin sustento alguno, so pena de equivocarse en su decisión en detrimento de la administración de justicia.

Referencia: expedientes Acumulados T-404910 y T-412837. Acciones de tutela promovidas individualmente por Myriam Tavera Achury y Alfonso Arcesio Guzmán Pinto, contra la Unidad Promotora de Salud -Unimec- y Salud Colpatria S. A. EPS, respectivamente.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Bogotá, D. C., siete (7) de junio de dos mil uno (2001).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, JAIME ARAUJO RENTERIA y ALFREDO BELTRAN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, dicta la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Bogotá respecto de la acción de tutela formulada por Myriam Tavera Achury contra "Unimec" -Entidad Promotora de Salud-; y por los Juzgados Veintisiete Civil Municipal y Veintitrés Civil del Circuito de esta misma ciudad, en relación con la acción de la misma naturaleza presentada por Alfonso Arcesio Guzmán Pinto contra Salud Colpatria S. A. - Empresa Promotora de Salud-.

Mediante auto de 9 de febrero de 2001, la Sala de Selección No. 2 de la Corporación resolvió seleccionar para su revisión el expediente radicado bajo el No. T-412837 y acumularlo al No. T-404910, con el fin de que fueran tramitados conjuntamente para ser decididos en la misma

sentencia.

I. ANTECEDENTES

1.- Expediente No. T-404910.

1.1. Hechos.

El 27 de septiembre de 2000, la señora Myriam Tavera Achury interpuso acción de tutela en la cual manifestó estar infectada por el virus del sida, afiliada al Sisben y vinculada a Unimec -Entidad Promotora de Salud-. En razón de su enfermedad, en el hospital San Blas de Bogotá le ordenaron varios exámenes, entre ellos el denominado "Carga Viral VHI", el cual no le fue practicado por Unimec por cuanto el Sisben no le cubría el costo del mismo, sin que ella estuviera en condiciones económicas de solventar su valor (\$500.000,00), toda vez que vivía en arriendo y debía velar por el sostenimiento de sus dos menores hijos, por lo cual acudía a la acción de tutela para que se le protegieran sus derechos a la asistencia médica, a la salud y a la vida.

1.2. Sentencia.

1.2.1. Unica instancia.

El Juzgado Diecinueve Civil Municipal, mediante sentencia de 23 de octubre de 2000, resolvió denegar la tutela de los derechos invocados por considerar que la entidad accionada no los había vulnerado y, en consecuencia, comunicarle a la accionante que debía acercarse a la Secretaría de Salud de Bogotá para que allí le asignaran el centro hospitalario donde le practicasen el examen de carga viral requerido. Así mismo, exhortó a la Secretaría de Salud de Bogotá para que en el menor tiempo posible le indicara a la señora TAVERA ACHURY el centro médico u hospital al cual debía acudir para tal efecto.

El Juzgado puso de presente que la entidad demandada, frente al hecho motivo de la acción, explicó que no le había negado la prestación del servicio a la señora TAVERA ACHURY, pues si bien el examen de carga viral no estaba contemplado dentro del plan obligatorio de salud subsidiado según los Acuerdos Nos. 72 y 74 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, lo cierto fue que Unimec, de una parte, solicitó por escrito al hospital Simón Bolívar que le practicara el examen, como quiera que por tratarse de un centro asistencial público el

municipio le reconocería los servicios que le prestara a la usuaria; pretensión que resultó infructuosa porque en dicho hospital manifestaron no contar con los equipos para ese propósito. Y, de otro lado, la entidad demandada, con el fin de complementar el estudio de la paciente, solicitó la realización de los exámenes a la Secretaría Distrital de Salud, con cargo a los recursos de oferta.

Sobre esa base, y tomando en cuenta que la accionante demostró padecer la enfermedad, no contar con los medios económicos para costear el tratamiento, que el examen requerido no era un simple capricho sino que estaba dirigido a proteger su salud y, además, que el Decreto 806 de 1998 del Ministerio de Salud, en su artículo 31 establecía que cuando el afiliado no tuviera la capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, podía acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tuvieran contrato con el Estado, las cuales estaban en la obligación de atenderlo, la solución era informarle a la peticionaria que debía acudir a la Secretaría de Salud de Bogotá para solicitar que le asignaran el centro hospitalario en el cual le practicaran el examen requerido.

2. Expediente T-412837.

2.1. Hechos.

El 29 de septiembre de 2000, el ciudadano Alfonso Arcesio Guzmán Pinto presentó acción de tutela contra Salud Colpatria E.P.S., con el fin de que se ordenara practicarle la prueba denominada “genotípica de resistencia al VIH”, dispuesta por el médico tratante Guillermo Prada Trujillo para determinar si el tratamiento que se le estaba suministrando como portador del virus desde 1990 era adecuado, pero la demandada se negó a efectuarla pretextando que su costo no estaba cubierto por Fesalud, filial de Salud Colpatria E.P.S.

Agregó el accionante que era determinante conocer el tipo exacto del virus que circulaba por su organismo y cómo estaban obrando los medicamentos sobre él, para tomar la decisión de cambiar el régimen actual por otro más adecuado que propendiera por el mejoramiento de su salud y, por ende, de su calidad de vida. Precisó, además, que no poseía la solvencia económica que le permitiera costear el procedimiento ordenado y que la decisión de la entidad demandada le vulneraba derechos tales como “un adecuado nivel de vida”, la vida y la dignidad humana.

2.2. Sentencias.

2.2.1. Primera instancia.

El Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Bogotá, al dictar la sentencia de primer grado, decidió tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida del accionante ALFONSO ARCESIO GUZMAN PINTO, porque si bien de la normatividad legal aplicable al caso (Resolución 5261 de 1994 y Decreto 1292 del mismo año), se desprendía que Salud Colpatria no estaba obligada a prestar el servicio solicitado por tratarse una enfermedad calificada como catastrófica y su tratamiento no estaba contemplado en el plan obligatorio de salud, lo cierto era que primaban los derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida del accionante, frente a aquellos de rango legal que les pudieran asistir a las entidades promotoras de salud.

En consecuencia, el juez dispuso que en el término de cuarenta y ocho horas la entidad accionada procediera a ordenar la práctica del exámen denominado “GENOTIPICA DE RESISTENCIA AL VIH SIDA” al accionante ALFONSO ARCESIO GUZMAN PINTO.

2.2.2. Impugnación.

Inconforme con la decisión, el Representante Legal de Salud Colpatria S. A. E.P.S. la impugnó. Al efecto, argumentó que las Empresas Promotoras de Salud están obligadas por la ley a prestar un conjunto de servicios limitados por el pago de una suma limitada de recursos, frente a lo cual la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha llamado la atención sobre la necesidad de mantener el equilibrio en esta relación, en forma tal que garantice a la EPS la correcta financiación de los beneficios que debe suministrar a sus afiliados y, en los eventos en que aquélla se vea obligada a realizar procedimientos no autorizados para el plan obligatorio de salud, cuando se encuentre en riesgo inminente el derecho fundamental a la vida, tendrá derecho a solicitar y obtener el reembolso correspondiente (SU-480 de 1997).

El impugnante solicitó la revocatoria del fallo de primer grado sobre la base de que no correspondía a Salud Colpatria S. A. E.P.S. la prestación del servicio solicitado por encontrarse limitada legalmente para proceder a autorizarlo. De no prosperar su pretensión, subsidiariamente demandó la modificación del fallo en el sentido de que se ordenara el “recobro” del gasto directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de

Seguridad Social en Salud -Fosyga-, para que éste cubriera el costo del “medicamento” que se encontraba fuera del listado de los autorizados para el plan obligatorio de salud.

2.2.3. Segunda instancia.

La asumió el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito, Despacho que decidió revocar el fallo dictado por el a-quo, con fundamento en las consideraciones plasmadas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-1166, de 6 de septiembre de 2000, en la cual reiteró la jurisprudencia en relación con los medicamentos y exámenes no incluidos en el Programa Obligatorio de Salud, las que el Juzgado transcribió, y con base en ellas concluyó que Salud Colpatria S. A. E.P.S. no estaba vulnerando el derecho a la vida y por consiguiente a la prestación de servicio de salud, que para su amparo requería un vínculo de “conexión inescindible” con aquél. Agregó que la prueba genotípica de resistencia al VIH, en los términos y para los fines indicados por el peticionario, “tal y como lo afirma la Corte Constitucional en la referida sentencia”, “es decir que de él no dependen, en manera alguna, ni el señalamiento de tal tratamiento ni la existencia del paciente”, era razón suficiente para revocar el fallo impugnado y en su lugar negar el amparo solicitado.

En el curso del trámite de revisión, se escuchó en declaración bajo juramento al doctor JESUS GUILLERMO PRADA TRUJILLO, médico especialista en medicina interna y enfermedades infecciosas, tratante del accionante ALFONSO ARCESIO GUZMAN PINTO, a quien en tal condición se le formularon las preguntas que, en aras de la exactitud, a continuación se transcriben, al igual que las respuestas correspondientes, en las cuales se destacan las afirmaciones que a juicio de la Sala resultan relevantes para decidir:

P: “... en qué consiste la denominada “Prueba Genotípica de Resistencia al VIH?”.

R: “... es una prueba que permite determinar la sensibilidad del virus de la inmunodeficiencia humana a todos los medicamentos actualmente disponibles para su tratamiento. En términos sencillos, la prueba determina las mutaciones que se suceden a nivel molecular del virus y que determinan la resistencia a cada uno de los medicamentos antiretrovirales. Como es de esperar, su utilidad permite no sólo determinar la resistencia de cierto medicamentos sino la utilidad de otros. En la actualidad, los pacientes que están recibiendo tratamiento o medicamentos antiretrovirales pueden desarrollar resistencia y por lo tanto el tratamiento se torna inefectivo. Es por esto que ante un aumento en la carga viral (prueba que permite

medir la cantidad de virus en la sangre del paciente), se impone realizar la prueba genotípica con el fin de determinar cuáles medicamentos son inefectivos y cuáles no, y así poder determinar el nuevo tratamiento que recibirá. La no realización de esta prueba implica, no sólo que el paciente reciba un tratamiento inútil, sino que su salud y su vida se pongan en grave riesgo. Si lo miramos en términos de costo-beneficio, las empresas prestadoras de servicios de salud (EPS) ahorran dinero al aprobar la realización de esta prueba, que es aparentemente costosa (aproximadamente \$1'300.000,00) debido a que al no hacerla el paciente continuaría recibiendo un tratamiento costoso, alrededor de \$1'500.000,00, e inefectivo.”.

P: ” Según su concepto, Dr. PRADA, y naturalmente en su condición de médico tratante, sírvase decir si la práctica de la “Prueba Genotípica de Resistencia al VIH” que usted le ordenó al paciente ALFONSO ARCESIO GUZMAN PINTO, era o es indispensable para proteger la vida en condiciones dignas de éste?

R: ” Es indispensable. De otra forma el virus continuaría creciendo indefinidamente y se pondrían en grave riesgo su salud y su vida.”

P: ” En qué se diferencian la “Prueba genotípica de resistencia al VIH” y el llamado examen de “Carga Viral”?

R: ” Son dos pruebas de laboratorio completamente diferentes: la carga viral mide la cantidad de copias virales por mililitro de sangre. Su uso se destina a la evaluación inicial del paciente (con el fin de conocer la severidad y la rapidez con que la enfermedad se puede presentar) y para evaluar la respuesta del tratamiento. La carga permite por tanto conocer si el tratamiento es efectivo y medir la aparición de resistencia. En este sentido es una prueba fundamental que evalúa la circunstancia de salud del paciente y su respuesta al tratamiento. Por tanto tiene que ver de manera directa con el derecho a la salud y a la vida del paciente. Ahora, la prueba genotípica de resistencia al VIH mide la resistencia que el virus ofrece a los medicamentos antiretrovirales y por tanto determina cuáles son útiles o no. Por consiguiente, es también una prueba que tiene que ver con el derecho a la salud y a la vida del paciente: si el virus continúa creciendo indefinidamente en presencia de un tratamiento inefectivo, el paciente indefectiblemente se enferma y muere.”

P: ” La prueba genotípica de resistencia al VIH puede ser reemplazada por otra que permita

cumplir los mismos fines o propósitos?

R: " Sí; existe otra prueba llamada "prueba fenotípica" que no se encuentra disponible en el país; es una prueba más costosa y su realización toma más tiempo que la prueba genotípica".

P: "... qué sucedió en el caso del señor ALFONSO ARCESIO GUZMAN PINTO, a quién en virtud del fallo de primera instancia, se le practicó la prueba que usted le ordenó.

R: " La prueba fue practicada y el tratamiento se cambió de acuerdo con los resultados, es decir, se suspendió el tratamiento anterior porque el virus se había vuelto resistente a todos los medicamentos que el paciente estaba recibiendo. En el momento estamos pendientes del resultado de una nueva carga viral y de unas nuevas células CD4 para evaluar los resultados del tratamiento instituido".

A todo lo anterior, el médico PRADA TRUJILLO agregó:

" Yo quisiera insistir que la prueba de la carga viral, así como la medición de la células CD4 (medición de las células en las cuales el virus se reproduce y que permiten medir el estado inmunológico del paciente afectado), y la prueba genotípica en casos de aparición de resistencia al tratamiento, son tres pruebas fundamentales para el manejo del paciente afectado con VIH/SIDA. De su utilización dependen no sólo la evaluación inicial del paciente y su respuesta al tratamiento, sino también la decisión para iniciarlo o para cambiarlo cuando se haya tornado inefectivo o cuando se presentan efectos tóxicos de importancia. Numerosos estudios de la literatura médica internacional respaldan esta afirmación y establecen el costo-beneficio en términos de morbilidad y mortalidad de los pacientes. En un tratamiento tan costoso como éste (alrededor de 18 millones de pesos anuales), sólo el uso juicioso de los recursos disponibles permitirá mejorar la calidad de vida de los pacientes con VIH/SIDA, y utilizar de manera eficiente los magros recursos del presupuesto de la salud colombiana".

De otra parte, es conveniente reseñar que según constancia dejada por el Abogado Sustanciador del Despacho de la Magistrada Ponente, se comunicó telefónicamente con la señora MYRIAM TAVERA ACHURY y ésta le informó que la prueba de "Carga Viral VHI" dispuesta por su médico tratante, efectivamente le fue practicada en el mes de diciembre de 2000 por la Secretaría de Salud del Distrito, en atención a la solicitud que en tal sentido le

formulara la empresa Unidad Promotora de Salud -Unimec-.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La Competencia.

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para pronunciarse en el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 87 y 241, numeral 9 de la Constitución Política, en armonía con lo previsto en Decreto 2591, artículos 33 a 36.

1. La Materia.

Consiste en reiterar la jurisprudencia en relación con los exámenes o procedimientos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) y del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS),

2.1. En la Sentencia T-1166, de 6 de septiembre de 2000, invocada por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá en el fallo de segunda instancia dictado en razón de la tutela presentada por el ciudadano ALFONSO ARCESIO GUZMAN PINTO y con base en la cual revocó la sentencia de primer grado que concedió la tutela, se hicieron las siguientes consideraciones:

“Reiteración de jurisprudencia en relación con los medicamentos y exámenes no incluidos en el POS

“2. Los artículos 162 de la Ley 100 de 1993, 28 del Decreto 806 de 1998 y la Resolución 05061 de 1997, expedida por el Ministerio de Salud, determinan que los afiliados al régimen contributivo tienen derecho a recibir los medicamentos y tratamientos que requieran para el cuidado de su salud y que señala el Plan Obligatorio de Salud. Por ende, en principio, las Entidades Promotoras de Salud sólo están legalmente obligadas a suministrar las drogas que incluye el “listado de medicamentos esenciales” elaborado por el Consejo Nacional de Seguridad Social y, a autorizar los tratamientos y exámenes que determina la reglamentación correspondiente. En efecto, el Acuerdo 110 del Consejo Nacional de Seguridad Social determinó que “para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las

personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente acuerdo... si el precio máximo al público de esos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del medicamento, es menor o igual al precio máximo al público de los medicamentos que reemplazan o su similar serán suministrados con cargo a las EPS o ARS. Si el precio máximo excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía". Por consiguiente, excepcionalmente, el Comité Técnico- Científico de cada EPS podrá autorizar el suministro de medicamentos excluidos del POS, siguiendo criterios y procedimientos señalados en los artículos 4º y 6º de la Resolución 05061 de 1997.

"Ahora bien, como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades¹, las normas que regulan la exclusión de medicamentos del POS deben aplicarse, siempre y cuando no vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En efecto, la supremacía constitucional impone a todos los operadores jurídicos la aplicación preferente de las normas superiores y exige que "siempre que la vida humana se vea afectada, en su núcleo esencial, mediante lesión o amenaza inminente y grave, el Estado social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable. Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona, que es el fin del derecho"².

"3. Por esta razón, eventualmente, es posible inaplicar las normas que facultan a la EPS a no suministrar un medicamento o a no autorizar un examen excluido del POS y, en consecuencia, en determinadas circunstancias se debe entregar la medicina o se debe autorizar el tratamiento al paciente, aun cuando no figure en los listados oficiales. Sin embargo, lo anterior no significa que la inaplicabilidad de las disposiciones sobre la materia proceda de manera automática³, pues es obvio que ello sólo es posible cuando exista una incompatibilidad manifiesta entre esas normas y la Carta. De ahí pues, que la jurisprudencia constitucional⁴ ha señalado la necesidad de inaplicar las normas que excluyen del POS un medicamento cuando:

"a) La falta del medicamento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de la droga alteran condiciones de existencia digna. En efecto, la protección constitucional del derecho fundamental a la vida "no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se

haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales”⁵.

“b) El medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o que no tiene la misma efectividad.

“c) El paciente no pueda sufragar los costos del medicamento, puesto que, en principio “cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente” (parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998).

“d) El medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.

“Atención médico asistencial para el SIDA

“4. Ahora bien, en relación con la atención médica asistencial y entrega de medicamentos para las personas que padecen de VIH/ SIDA, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido especialmente prolija, pues resulta indudable el rápido deterioro a la salud y el evidente riesgo de muerte de quienes sufren de esta enfermedad, cuando no son atendidas médicamente en forma oportuna. Al respecto, esta Sala resumirá los aspectos centrales de la posición de esta Corporación⁶ en este tema:

“a) De acuerdo con el artículo 164 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998, los tratamientos para el SIDA están sometidos a 100 semanas de cotización al sistema, por cuanto es una enfermedad definida como catastrófica o ruinoso de nivel IV.

“b) No obstante, cuando entra en conflicto el derecho a la salud en conexidad con la vida del paciente y la exigencia legal del mínimo de semanas de cotización, un enfermo de SIDA puede ser atendido por la EPS si sufraga el porcentaje correspondiente a las semanas que aún no ha cotizado. (parágrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998. Sentencias SU-480 de 1997 y T-557 de 1998).

“c) Si los medicamentos o tratamientos recetados por el médico adscrito a la EPS (i) se requieren urgentemente para proteger la vida en condiciones dignas del paciente (ii), y éste no tiene los recursos económicos para asumir el costo del porcentaje que le corresponde (iii),

deberá inaplicarse las normas que exigen el período mínimo de cotización de 100 semanas. Por lo tanto, la EPS deberá suministrar los medicamentos o autorizar los tratamientos o exámenes antes de que el afiliado cumpla el período mínimo de cotización, pero está en todo el derecho de repetir los sobrecostos en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía. Ello, por cuanto las empresas promotoras de salud ocupan el lugar del Estado en la prestación del servicio público de salud⁷. Sentencias T-171 de 1999, T-092 de 1999, T-230 de 1999, T-1003 de 1999, T-813 de 1999, T-165 de 1995, T-645 de 1996, T-108 de 1999.

“d) Cuando la EPS se niega a autorizar servicios porque no se ha cotizado el mínimo exigido en la ley o se niega a suministrar medicamentos porque están excluidos del POS, la acción de tutela puede ordenarlos, siempre y cuando exista vulneración o amenaza del derecho a la salud en conexidad con la vida.

“5. Con base en lo expuesto, la Sala entra a estudiar si las EPS accionadas deben suministrar los medicamentos recetados y autorizar los tratamientos formulados.

“Para el caso del actor de la tutela T-310.253, el médico adscrito a la EPS le ordenó la práctica del examen conocido como “carga viral” y las vacunas pneumococo e influenza, la serología antihepatitis C y anti- antígenos de superficie. En relación con el primero de ellos, esto es, el examen de carga viral, en reciente fallo, la Corte dijo que no se dirige a proteger la vida del paciente, por lo que no se considera que la omisión de autorizarlo vulnere el derecho a la salud en conexidad con la vida. Al respecto se expresó:

“Por esa misma razón, esta Sala confirmará la decisión de instancia, en cuanto negó la práctica de dicho examen. En idéntico sentido, la Sala negará la práctica de los exámenes clínicos de serología antihepatitis C y anti- antígenos de superficie, pues aquellos no buscan diagnosticar una enfermedad para iniciar su tratamiento ni a evitarla, por lo cual el derecho a la salud no adquiere el rango de fundamental. Sin embargo, en relación con las vacunas, la Sala considera que la negativa a autorizarlos vulnera el derecho a la salud en conexidad con la vida del paciente que padece SIDA. En efecto, las vacunas son indispensables para combatir virus que se convertirían en mortales, ante el deterioro del sistema inmunológico que presenta el actor.

“No obstante lo anterior, también ha dicho la Corte Constitucional, que en principio el afiliado

debe pagar los costos de los tratamientos, exámenes y medicamentos en el porcentaje no asumido por la EPS y, que sólo cuando se demuestre la insolvencia económica, esa entidad debe prestarlos, para luego repetir contra el FOSYGA.

“Pues bien, el señor demostró que no cuenta con capacidad económica para sufragar los costos de las vacunas y medicamentos que requiere para enfrentar su dolencia. Por lo tanto, la Sala concederá la tutela y ordenará a la EPS que entregue los medicamentos y vacunas necesarias para preservar la salud del actor, de acuerdo con lo expuesto. Finalmente, la Sala previene a la EPS accionada para que repita el porcentaje que legalmente no está obligada a cubrir, al Fondo de Solidaridad y Garantía.

“6. Para el caso del actor de la tutela T-310.906, el médico adscrito a la EPS le ordenó STADUVINA 40 y EFAVIRENZ 200. A juicio del galeno tratante esas drogas no sólo son necesarias para la salud del paciente sino que no pueden reemplazarse por otras, ante la intolerancia que ha presentado el cuerpo del actor, por otro tipo de medicamentos. Por consiguiente, la omisión de suministro de esas medicinas amenaza el derecho a la vida del paciente, de ahí pues que el derecho a la salud se torna en fundamental.

“Sin embargo, en el presente asunto no existen elementos de juicio que lleven a la Sala a deducir si el actor se encuentra en capacidad de sufragar los costos de las medicinas. Incluso, la Sala de Revisión solicitó al actor que acredite su situación económica, pero no allegó prueba en ningún sentido. Por lo tanto, ante la ausencia de prueba de la insolvencia económica, la Sala concederá la tutela, pero ordenará a la EPS cubrir el porcentaje correspondiente a las semanas que ha cotizado el actor, y el excedente será cubierto por el accionante. (parágrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998).

“Finalmente, la Sala advierte que, en caso de que la obligación de suministrar el medicamento esté a cargo de la Empresa Promotora de Salud, esta se mantendrá mientras esté vigente la afiliación del peticionario, en razón a que la estabilidad del régimen contributivo se fundamenta en el pago de las cotizaciones. En tal sentido, la Sala corrige el fallo de instancia que ordenó el suministro indefinido del medicamento recetado”.

2.2. En Sentencia T-752, de 3 de diciembre de 1998, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, analizó la Corte Constitucional:

" Tercera.- El caso concreto. Recursos para financiar la prestación de servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

" Las normas legales señalan que en casos como el presente, cuando el interesado está afiliado al régimen subsidiado, puede acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios. Es de observar que, según la ley, en el caso de los beneficiarios de este régimen subsidiado, éstos tendrán prioridad en ser atendidos.

" Concretamente, el Acuerdo Nro. 72, "Por medio del cual se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado", del 29 de agosto de 1997, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, del Ministerio de Salud, señala en el artículo 4o. :

"Artículo 4.- La complementación de los servicios del POSS, a cargo de los recursos del subsidio a la Oferta : En la etapa de transición, mientras se unifican los contenidos del POSS con los del POS del Régimen Contributivo aquellos beneficiarios del Régimen Subsidiado que sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POSS, tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las Instituciones Públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta." (se subraya)

" Se resaltan dos asuntos : en el caso concreto no puede acudirse a la forma general de remitir a la demandante a las instituciones públicas o privadas con las que el Estado tenga contrato de prestación de servicios, pues, para el implante requerido, sólo existen, actualmente, dos instituciones en el país que realizan el procedimiento : la Clínica San Pedro Claver y la Clínica Rivas, ambas en la ciudad de Bogotá. Y la posibilidad de acudir a los recursos de que trata el inciso cuarto del artículo 20 de la ley 344 de 1996, previstos, para esta clase de casos. En efecto, dice esta norma :

"Artículo 20. (...)

"Los recursos provenientes de subsidios a la oferta que reciban las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud y las empresas sociales del Estado del orden nacional o territorial, se destinarán exclusivamente a financiar la prestación de servicios no cubiertos

por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. (...)” (se subraya)

” Las normas señaladas, aplicadas al presente asunto, permiten establecer :

” Si bien la empresa promotora de salud Cóndor S.A. no está obligada a realizar directamente el implante a la menor, pues, como se vio, en aplicación del artículo 13 de la Constitución, quien debe proteger “especialmente a aquellas personas que por condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”, es el Estado, sin embargo, la empresa como prestadora del servicio público de salud, estaba obligada a suministrarle la información completa a la demandante sobre la manera de acceder a otros mecanismos, para lograr, en lo posible, la atención de su hija.

” En otras palabras, no le bastaba a la entidad decirle a la demandante que por normas legales no puede cubrir los servicios requeridos por la menor, ni señalarle que podía acudir a “las Instituciones Públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto”, cuando sabe que, dada la especialidad del asunto, sólo dos instituciones pueden hacerlo. Esta mera información, no protegía efectivamente los derechos de la menor, y desconocía que se trata del caso de una afiliada.

” Cuando a la demandante sólo se le citan las normas por las cuales no puede accederse a su pedido, pero no se le indica qué puede hacer, o a dónde acudir y cómo, se está en presencia de la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, y, su relación directa, a la vida, en condiciones dignas. Además, no es el ciudadano el que puede conocer cómo poner en marcha la consecución de los recursos, que, como se vio en el artículo 20 de la ley 344 de 1996, están previstos para casos como el presente.

” La información que debe ser suministrada a la demandante, hace parte del derecho a la verdad, del cual la Corte se ha ocupado en algunas oportunidades. En la sentencia T-125, de 1994, se dijo, precisamente, que el ocultamiento de información a quien está vitalmente interesada en él, configura una conducta que pone a la persona en situación de indefensión. Señaló la Corte :

“En efecto, la información reviste un significado de trascendental importancia en el ámbito de los negocios, hasta el extremo de ser indispensable para la determinación del precio, por lo que se afirma coloquialmente que la información es poder. El ocultamiento de la

información de un negocio a quien está vitalmente interesado en él, configura una conducta que coloca a la persona en situación de indefensión, respecto del contratante que abusa de su posición privilegiada. La solidaridad debe gobernar las relaciones entre las partes contratantes, particularmente entre las personas con intereses comunes en el negocio. No obstante, el incumplimiento del deber de informar acerca del desarrollo de un contrato a la persona interesada en él, es una materia que debe ser resuelta exclusivamente con base en la ley, pues, carece de relevancia constitucional, salvo que la omisión materialmente vulnere de manera directa los derechos fundamentales de quién depende en grado sumo de las resultas del mismo para su subsistencia autónoma y libre, siempre que en este caso excepcional se acredite, además de la insuficiencia de los remedios legales, que la omisión es la causa eficiente de la transgresión.” (sentencia T-125 de 1994, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

” Estas mismas consideraciones son aplicables a las demás entidades públicas a donde ha acudido la demandante, pero contra las que no dirigió esta acción. El Instituto de Bienestar Familiar, la Superintendencia de Salud, las Secretarías de Salud Departamental o municipal, es decir, las entidades que prestan el servicio público de salud y las que se relacionan con la protección de los menores, han estado en la obligación de informar claramente a la demandante cuáles son las formas de hacer efectivos sus derechos.

” En consecuencia, se tutelarán los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y a la salud de la menor, derechos que se protegen en la forma ordenada por el artículo 44 de la Constitución (sus derechos prevalecen), por tratarse de una menor de edad. Además, las gestiones que se ordenará realizar no pueden ser objeto de demoras injustificadas, pues, según los expertos, el éxito del implante es notable en los pacientes a los que se les realice en muy temprana edad (de 18 meses a 4 años), y la menor tiene 5 años. Es decir, no puede, injustificadamente, esperar mucho tiempo para que se le defina su situación.

” Por lo anterior, se ordenará a la E.P.S. Cóndor S.A. que coordine con el ICBF, Seccional Nariño, a las Secretarías de Salud Departamental de Nariño y municipal de Pasto, todas las gestiones necesarias para lograr que sean los especialistas los que decidan sobre la procedencia del implante o no a la menor, pues, no se desconoce la complejidad del asunto, en razón de que no toda persona con problemas auditivos requiere ni puede hacerse un

implante coclear. Sólo los especialistas, se repite, pueden determinar este punto.”

3. Los casos concretos.

Respecto de la acción de tutela interpuesta por la señora MYRIAM TAVERA ACHURY, se recuerda que está afiliada a la entidad accionada Unimec EPS S.A., amparada por el Régimen Subsidiado de Salud, y se le ordenó la práctica de la prueba denominada “Carga Viral”. Al pronunciarse sobre los hechos de la demanda, el Gerente de la Sucursal Bogotá, Cundinamarca de Unimec, además que de oponerse a la pretensión de la accionante sobre la base de que no era cierto que esa empresa hubiera negado “el tratamiento” sino que no era posible que cubriera el gasto de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes, trajo a colación los planteamientos de la Corte Constitucional en la ya citada Sentencia T-752, de 3 de diciembre de 1998, para destacar que se había procedido conforme a la directrices trazadas por esta Corporación en ese fallo (Folios 20 a 31).

Observa la Sala que ningún elemento de juicio allegado al expediente controvierte las explicaciones del representante de “Unimec EPS S. A.” Por el contrario, la afirmación de la propia accionante en el sentido de que acudió al hospital Simón Bolívar para que le practicasen la prueba tantas veces mencionada apunta a corroborar esas explicaciones. Igualmente, se verifica que en la misma fecha que la entidad respondió a la demanda, remitió oficio a la Secretaría Distrital de Salud en orden a que se atendiera a la paciente para la realización de la prueba de carga viral VIH, con cargo al “subsidio de oferta” (Folios 54 y 55).

Consecuente con lo anterior, el fallo objeto de revisión deberá ser confirmado, pues no obstante las afirmaciones del Médico JESUS GUILLERMO PRADA TRUJILLO en el sentido de que la “Carga Viral VIH” es una prueba fundamental mediante la cual se evalúa el estado de salud del infectado y su respuesta al tratamiento, por lo cual está relacionada de manera directa con el derecho a la salud y a la vida del paciente, lo cierto es que la entidad promotora de salud “Unimec EPS S. A.” no le vulneró derecho alguno a la peticionaria MYRIAM TAVERA ACHURY, en tanto ajustó su actuación a lo señalado en las disposiciones legales que regulan la materia y, por consiguiente, no procede el amparo demandado.

De otra parte, hizo bien el juzgado de instancia cuando, pese a la improcedencia del amparo, dispuso comunicarle a la accionante que debía acercarse a la Secretaría de Salud de Bogotá

para que allí le asignaran el centro hospitalario donde le practicarán el examen de carga viral requerido, como también procedió en debida forma al exhortar a la Secretaría de Salud de Bogotá para que en el menor tiempo posible le indicara a la señora TAVERA ACHURY el centro médico u hospital al cual debía acudir para tal efecto.

La prueba efectivamente le fue practicada a la señora TAVERA ACHURY en el mes de diciembre de 2000, por parte de la Secretaría de Salud del Distrito Capital en virtud de la solicitud que en tal sentido hizo la entidad accionada, de modo que para la fecha actual se está frente a un hecho superado que igualmente hace improcedente la solicitud de tutela.

3.2. Expediente T-412837.

Con relación al amparo impetrado por el señor ALFONSO ARCESIO GUZMAN PINTO, quien aseguró no contar con los recursos económicos para sufragar el costo de la prueba ordenada, es claro para la Sala que el Juez Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá se equivocó abiertamente al revocar el fallo de primer grado para en su lugar negar la tutela de los derechos a la vida y a la salud del accionante, puesto que, sin apoyo en elemento de juicio científico alguno, equiparó, en forma por demás bastante deleznable, justamente por esa razón, la prueba denominada “Carga Viral VIH”, con la llamada “Genotípica de Resistencia al VIH”, para sostener que de la práctica de ésta no dependía el señalamiento del tratamiento ni la existencia del paciente.

El juez constitucional, como cualquier juez de la República, debe arribar a conclusiones con base en el análisis ponderado y juicioso de las pruebas que hayan sido aportadas a la actuación, y no con base en suposiciones, conjeturas o, como en este caso, equiparaciones sin sustento alguno, so pena de equivocarse en su decisión en detrimento de la administración de justicia.

Por eso, la Sala Novena de Revisión advirtió la necesidad de oír al médico tratante del accionante GUZMAN PINTO para que explicara, de acuerdo con su conocimiento científico en la materia, en qué consistía la prueba por él ordenada a su paciente y, como bien lo expuso, no es igual a la denominada “Carga Viral VIH” y además, fue explícito y categórico en afirmar que aquella es “una prueba que tiene que ver con el derecho a la salud y a la vida del paciente: si el virus continúa creciendo indefinidamente en presencia de un tratamiento inefectivo, el paciente indefectiblemente se enferma y muere”. La práctica de esa prueba, en

el caso concreto, según lo aseveró el profesional de la medicina, dio lugar a que suspendiera el tratamiento que estaba llevando a cabo porque el virus se había vuelto resistente a todos los medicamentos que el paciente estaba recibiendo.

En tales condiciones, la Sala, reiterando el criterio de la Corte sobre el tema, revocará el fallo de segunda instancia y, por ende, confirmará la sentencia de primer grado que concedió el amparo, pero por las razones puntualizadas en esa doctrina constitucional sobre la materia, como quiera que el caso se ajusta a la misma, adicionándolo en el sentido de señalar expresamente que a SALUD COLPATRIA EPS le asiste el derecho de repetir lo que pague en cumplimiento del fallo de tutela ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA).

IV. 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: CONFIRMAR la sentencia de 23 de octubre de 2000, mediante la cual el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Bogotá, resolvió denegar la tutela presentada por la señora MYRIAM TAVERA ACHURY.

Tercero: SEÑALAR expresamente que a SALUD COLPATRIA S. A. E.P.S. le asiste el derecho de repetir lo que pague en cumplimiento del fallo de tutela que se confirma en ordinal segundo, ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA).

Sexto.- ORDENAR que por la Secretaria General de la Corporación, se libren las comunicaciones previstas por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

en consultarse, entre otras, las sentencias T-329 de 1998, T-171 de 1999, T-667 de 1997, T-108 de 1999, SU-480 de 1997,

T-236 de 1998, T-283 de 1998, T-975 de 1999.

2 Senten

ia T-975 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis

3 Pued

n consultarse las sentencias SU-480 de 1997, T-813 de 1999, T-092 de 1999, T-230 de 1999, T-1003 de 1999, T-417 de 1999, T-398 de 1999, T-328 de 1998, T-171 de 1999.

4 Sentencia SU-819 de

1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis

5 Sentencia T-398 de

1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Las acciones de tutela fueron presentadas en las siguientes fechas: T-409162 el 14/11/2000; T-409163 el 07/11/2000; T-409269 el 07/11/

000 y T-409270 el 03/11/2001.

7 Cfr. sentencias T-3

3 de 1996, T-124, T-299 y T-271 de 1997.

8 El artículo