

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Presupuestos

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia en caso de suministro de medicamento prescrito por médico tratante/ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por existir hechos nuevos

Es claro que la peticionaria ha solicitado en dos ocasiones anteriores, por medio de acciones de tutela, la entrega de los medicamentos prescritos por su médico tratante. Lo anterior, no puede ser considerado como una actuación temeraria, toda vez que las peticiones fueron presentadas en periodos distintos atendiendo a circunstancias distintas en la evolución de la enfermedad y en el momento en los que la accionante requirió los medicamentos y los mismos no fueron suministrados por su EPS.

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida/DERECHO A LA SALUD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Fundamental/ENFERMO DE SIDA COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION FRENTE AL DERECHO A LA SALUD

De estar comprometida la vida del paciente, las entidades promotoras de salud están inexcusablemente obligadas a prestar en forma inmediata los servicios de salud requeridos por aquél, sin que para ello importe que la alternativa o posibilidad de tratamiento que se requiera esté excluida del POS, pues ante una situación como la descrita es inconstitucional la oponibilidad de requisitos que dilaten la prestación requerida por el enfermo de VIH/SIDA. Esta Corporación ha expresado que al ponderar el derecho a la salud o el de la vida misma de un paciente que padece VIH y el interés económico propio de las Empresas Promotoras de Salud, la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo mediante el cual los jueces constitucionales deben procurar conciliar los intereses enfrentados y lograr el equilibrio entre la protección de uno y otro derecho, sin olvidar que predominan en todo caso, los derechos de quien es sujeto de especial protección constitucional, para el caso el portador del virus en comento.

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de tratamiento ordenado por médico tratante a persona con VIH/DERECHO A LA SALUD-Suministro de tratamiento a persona con VIH previa

valoración del médico tratante

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro tratamiento a persona con VIH previa valoración del médico tratante y repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente T-953256

Accionante: Cielo Esther Barraza Santa Cruz

Demandado: Coomeva EPS

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil - Presidente -, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto (4) Penal Municipal de Barranquilla -Atlántico- en primera instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por Cielo Esther Barraza Santa Cruz, en nombre propio, contra la Coomeva EPS.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora Cielo Esther Barraza Santa Cruz, interpuso acción de tutela contra Coomeva EPS, por considerar vulnerados sus derechos a la salud y la vida digna, en razón a que la entidad accionada se niega a autorizar los medicamentos que le ha formulado su médico tratante con el fin de contrarrestar el virus de VIH que padece, aduciendo que los mismos se encuentran fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS -.

1. Los hechos

2.1 Manifiesta la peticionaria que se encontraba afiliada a Salud Colmena EPS desde el treinta y uno (31) de julio de 1999, de donde se trasladó a Coomeva EPS en julio de 2003.

1. Expresa que fue diagnosticada como portadora del virus de inmunodeficiencia Humana - VIH-, el dieciséis (16) de junio de 2000.

1. El dieciséis (16) de octubre de 2003, su médico tratante, doctor Robin Hernández Cervera, le formuló los medicamentos Kaletra, Zerit y Videx.

1. Aduce que al solicitar a la EPS accionada dentro de la presente causa la autorización para la entrega de los mencionados medicamentos, éstos le fueron negados por no encontrarse cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud -POS-.

1. Su actual situación económica es crítica, pues el cinco (5) de enero de 2004, la entidad para la cual laboraba -Celular Sun 3 Ltda.-, dio por terminado el contrato de trabajo de la accionante, situación que obligó a la señora Cielo Esther Barraza a trabajar como manicurista, de donde provienen sus únicos ingresos.

1. Manifiesta la accionante que contrajo matrimonio con el señor Nilson Antonio Ramírez Vianchá a mediados de 2003. Su esposo, ha sido igualmente diagnosticado con VIH+ desde hace mas de cinco años y tiene un hijo de nueve años de edad por fuera del matrimonio que depende económicamente de él. Expresa que si bien su cónyuge devenga un salario de quinientos cincuenta mil pesos mensuales (\$550.000), debido a sus múltiples obligaciones y

necesidades, el aporte a su hogar se ve reducido notablemente a mas del 50% de sus ingresos.

1. En noviembre de 2003, la accionante presentó acción de tutela ante el Juzgado Quinto (5) Civil Municipal de Barranquilla, la cual le fue denegada toda vez que el juez estimó que la accionante contaba con los recursos económicos para sufragar los gastos de su tratamiento.

1. Tiempo después, ante el Juzgado Octavo (8) Penal Municipal de Barranquilla, la accionante radicó una segunda acción de tutela en contra de Coomeva EPS, por los mismos hechos, la cual fue denegada aduciendo que la señora Cielo Esther Barraza Santa Cruz, no demostró la falta de capacidad económica para cubrir los gastos de su tratamiento.

1. Finalmente, afirma la accionante que su único patrimonio fue adquirido en junio de 2003 entre su esposo y ella lograron comprar una mejora, ubicada en la calle 65 No. 8-45, Urbanización los Loteros del Municipio de Soledad, el cual se encuentra en obra negra y sin servicios domiciliarios y pertenece al estrato 1.

I. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

* A folio 6 del expediente, fotocopia simple de la certificado laboral del esposo de la accionante, expedido por Celular Sun 3 Ltda., donde consta tiempo de trabajo, cargo y salario.

* A folio 8 del expediente, fotocopia simple del volante de nómina de la primera quincena de febrero de 2004, del esposo de la accionante, señor Nilson Antonio Ramírez.

* A folio 9 del expediente, diagnóstico del señor Nilson Antonio, esposo de la accionante, firmado por el doctor Álvaro Villanueva.

* A folio 10 del expediente, cotización expedida por la droguería y distribuidora Klend-al Ltda., donde consta que las medicinas prescritas por el medico tratante de la señora Cielo Esther Barraza, tienen un valor total de \$2.333.865.

* A folio 11 del expediente, resultados del examen HIV Confirmatorio -Western Blot, el cual fue positivo, firmado por Elcy Sibaja Alean, profesional universitario del laboratorio departamental.

* A folio 12 del expediente, fotocopia simple del carné de afiliación de la accionante a Coomeva EPS.

* A folio 13 del expediente, fotocopia simple de fórmula médica de los medicamentos prescritos por el médico tratante, necesarios para tratar la enfermedad de VIH que la accionante padece.

* A folio 14 del expediente, carta de terminación de contrato por parte de Celular Sun 3 Ltda., firmada por la representante judicial de la empresa.

* A folio 15 del expediente, certificado de estrato, donde consta que la propiedad adquirida por la accionante y su esposo, es de estrato “1 Bajo, bajo”.

* A folio 16 del expediente, certificado de tradición y libertad de matricula inmobiliaria del inmueble en mención.

* A folio 21 del expediente, oficio expedido por el juzgado 8 penal municipal donde expresa que ese juzgado “ (...) tramitó acción de tutela siendo accionante Cielo Esther Barraza contra Coomeva EPS por la entrega de medicamentos para contrarrestar el virus del VIH ...”.

* A folio 23 del expediente, fotocopia simple del oficio expedido por el juzgado 6 Penal del Circuito, donde expresa que en ese juzgado fue admitido el trámite de impugnación en contra del fallo del 23 de febrero, proferido por el Juzgado 10 Penal Municipal.

* A folio 24 y 25 del expediente, fotocopia simple del certificado de matricula y administración de Coomeva EPS -sucursal Barranquilla-, expedida el 26 de enero de 2004.

I. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

1. Intervención de Coomeva EPS.

Mediante escrito radicado el día cinco (5) de marzo de 2004 en el Juzgado Cuarto (4) Penal Municipal de Barranquilla -Atlántico-, el señor Jorge S. Casalins Garizao, intervino en el presente proceso, actuando como agente oficioso del representante legal de la entidad demandada, quien al momento de la actuación se encontraba fuera de la ciudad, expresando

que la presente es la tercera acción de tutela que la accionante presenta sobre los mismos hechos, dos de ellas falladas negativamente, y “en los actuales momentos se encuentra en apelación ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito, la acción constitucional procedente del Juzgado Décimo Penal Municipal”.

Por tal razón, mientras se encuentre en trámite la impugnación de otro fallo de tutela por los mismos hechos y derechos, y en contra de la misma entidad, la presente tutela es improcedente.

Igualmente expresa que el juzgado, debe iniciar de oficio la respectiva investigación correspondiente por temeridad.

Por lo tanto el agente oficioso del representante legal de Coomeva EPS, solicitó negar la acción de tutela en su contra por improcedente.

IV. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

En primera instancia, el dieciséis (16) de marzo de 2004 el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barranquilla -Atlántico-, expresó que de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, la accionante manifiesta haber presentado anteriormente dos (2) tutelas por salud ante Coomeva EPS, las cuales han sido falladas negativamente, y actualmente una de ellas se encuentra en trámite para resolver el recurso de apelación interpuesto por la señora Cielo Esther Barraza.

De acuerdo a lo expuesto y en concordancia con las pruebas aportadas por las partes, el juez de conocimiento considera que la presente acción de tutela es temeraria, razón por la cual será negada por improcedente.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Problema Jurídico.

La señora Cielo Esther Barraza asegura que Coomeva EPS vulneró su derecho fundamental a la salud en conexidad con el de la vida digna, al negarse a suministrarle los medicamentos ordenados por su médico para el tratamiento del virus del VIH del que es portadora, aduciendo que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Por su parte, el Juez de instancia negó el amparo constitucional, por considerar que la accionante incurrió en temeridad, toda vez que la acción objeto de revisión es la tercera tutela que ésta instaura en contra de la entidad promotora demandada en la presente causa y bajo idéntica situación fáctica y jurídica protección constitucional que en todos los casos fue negada por los jueces que asumieron su conocimiento. Advierte además, que el recurso de apelación interpuesto en contra del segundo fallo de tutela en comento, aún no ha sido resuelto.

1. Se debe verificar si la accionante efectivamente incurrió en temeridad al instaurar tres acciones de tutela solicitando el suministro de los medicamentos necesarios dentro del tratamiento del virus VIH., bajo idénticas situaciones de hecho y en contra de la misma entidad promotora de salud -Coomeva EPS-.

1. Así mismo, se debe establecer si efectivamente Coomeva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud en conexidad con el de la vida digna, al negar el suministro de unos medicamentos no POS a un sujeto de especial protección constitucional, como lo es una persona portadora del virus del VIH.

1. Temeridad

El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 38, dispone que existe una actuación temeraria

cuando "...sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales", estableciendo como consecuencia de dicho proceder que las solicitudes sean rechazadas o sean decididas desfavorablemente.

La actuación temeraria encuentra también fundamento en el artículo 37 del mismo ordenamiento legal, que previamente impone a quien promueve una acción de tutela la obligación de "...manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra [acción de tutela] respecto de los mismos hechos y derechos".

Con fundamento en estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional¹ ha definido los presupuestos que son necesarios para que se entienda que existe una actuación temeraria:

- La formulación de más de una demanda, con miras a obtener la misma protección, fundada en igual situación fáctica.
- Que tales demandas sean presentadas por la misma persona, o por quien la represente o apodere.
- Que la reiterada pretensión de amparo se realice sin motivo expresamente justificado, es decir sin razón o fundamento alguno.

Adicionalmente, la Corte ha dejado claro que con la actuación temeraria se vulnera el principio de buena fe, razón por la que el quebranto del mencionado principio es un elemento determinante para la existencia de la temeridad. Al respecto esta Corporación expresó:

"La jurisprudencia constitucional ha explicado que la actuación temeraria es aquella que desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela."²

Sobre la base de que por mandato constitucional la buena fe se presume de las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, Art. 83 CP, la Corte ha considerado necesario llamar la atención de los jueces constitucionales para que estudien cuidadosamente cada caso en los que se presume la temeridad del peticionario, pues la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la

simple improcedencia de la tutela o de la revisión meramente formal de las circunstancias que la determinan. En tales casos puede suceder que la temeridad sea sólo aparente, lo que le impondría al juez entrar a estudiar el amparo que éste solicita.

Finalmente, también la jurisprudencia ha dispuesto que el concepto de temeridad previsto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, debe ser complementado con lo establecido en los artículos 72 a 74 del Código de Procedimiento Civil³, toda vez que allí se consagran causales adicionales de temeridad o de mala fe, y se establece la forma de imponer las sanciones pertinentes, tanto a las partes como a los apoderados y poderdantes.

3.1 Temeridad en el caso concreto.

La primera acción tutela radicada con el número T-882.659, fue denegada en primera instancia por el Juzgado 5 Civil Municipal de Barranquilla y posteriormente no fue seleccionada para revisión por la Sala de Selección número cinco (5), mediante oficio del veintiséis (26) de mayo de 2004.

La segunda acción de tutela radicada con el número T-952.265, fue denegada en primera instancia por el Juzgado 6 Penal del Circuito y posteriormente no seleccionada para revisión por la Sala de Selección número ocho (8), mediante oficio del diecinueve (19) de agosto de 2004.

La tercera acción de tutela radicada con el número T-953.256 del 19 de julio de 2004, fue denegada en primera instancia por el juzgado 4 Penal Municipal de Barranquilla y posteriormente fue seleccionada para revisión por la Sala de Selección número ocho (8), mediante oficio del diecinueve (19) de agosto de 2004, y es objeto de estudio dentro de la presente causa.

Conforme con ello, desde una perspectiva meramente formal, en principio, se podría considerar que la accionante efectivamente incurrió en una actuación temeraria al haber instaurado tres acciones de tutela solicitando los mismos medicamentos prescritos por su médico tratante. Sin embargo, la Sala no comparte esta posición, por las siguientes razones:

1. La infección por VIH/SIDA, es calificada por la ciencia médica y por la propia ley como una

enfermedad catastrófica, evolutiva y mortal, sin curación conocida actualmente, que destruye en forma gradual el sistema inmunológico del organismo, dejándolo desprotegido y causando infecciones difíciles de combatir, ocasionando indefectiblemente la muerte del paciente⁴. En este sentido, el tratamiento de esta enfermedad no se agota en el tiempo, y, por el contrario, la atención médica debe ser prestada de forma permanente y constante, de acuerdo con el estado de salud del paciente y con sus requerimientos médicos y clínicos.

Desde esta perspectiva, quien padece la enfermedad, en aras de obtener la protección de su derecho a la salud en conexidad con el de la vida, está habilitado para instaurar acción de tutela en aquellos eventos en los que por factores externos y ajenos a su voluntad, no se le suministren los medicamentos y tratamiento requeridos. El carácter progresivo y variable de la enfermedad, conlleva cambios en la prestación del servicio de salud, por lo que no se trata de un servicio estático, de manera que cuando éste no se suministra en debida forma por la entidad de salud y el paciente no este en capacidad económica de asumirlo, se torna procedente la solicitud de amparo con el fin de obtener la protección constitucional del derecho afectado.

En el caso concreto, es claro que la señora Cielo Esther Barraza ha solicitado en dos ocasiones anteriores, por medio de acciones de tutela, la entrega de los medicamentos prescritos por su médico tratante. Lo anterior, no puede ser considerado como una actuación temeraria, toda vez que las peticiones fueron presentadas en periodos distintos atendiendo a circunstancias distintas en la evolución de la enfermedad y en el momento en los que la accionante requirió los medicamentos y los mismos no fueron suministrados por su EPS.

2. Respecto de la presente acción de tutela, no se esta en presencia de una misma situación fáctica, toda vez que en el momento en que la accionante instauró las dos primeras acciones de tutela a las que se ha hecho referencia anteriormente, ésta se encontraba adscrita al régimen contributivo de salud laborando en la empresa Celular Sun 3 Ltda. Sin embargo, con anterioridad a la presentación de la tercera acción de tutela, el 2 de enero de 2004, la representante judicial de la empresa en mención le manifestó que “(...) por razones empresariales, Celular Sun 3 Ltda., ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo a partir del 5 de enero del presente”⁵.

Lo anterior, evidentemente se configura como un hecho nuevo dentro de la presente solicitud

de amparo, toda vez que los argumentos en los cuales se basaron los jueces de instancia para denegar la protección de los derechos reclamados por la accionante en las dos primeras acciones de tutela desaparecieron, pues los mismos se referían precisamente a que la señora Cielo Esther Barraza tenía capacidad económica suficiente para asumir los gastos de su tratamiento por encontrarse vinculada laboralmente a la empresa Celular Sun 3. No obstante, como ha quedado probado dentro del proceso, la accionante fue desvinculada de dicha empresa y actualmente no se encuentra laborando, razón por la que tampoco se encuentra adscrita al régimen contributivo de salud y no cuenta con los ingresos necesarios para subsidiar los tratamientos y medicamentos que requiere.

Por lo tanto, no puede aducirse que existió acción temeraria por parte de la accionante.

3. Teniendo en cuenta que uno de los elementos determinantes para que haya lugar a la temeridad es la mala fe por parte de los particulares, por ejemplo, en aquellos eventos en los que una persona manifiesta bajo la gravedad del juramento no haber presentado otras acciones de tutela respecto de los mismos hechos y posteriormente se comprueba lo contrario, en el presente caso esta Sala no le asiste razón al Juez Cuarto (4) Penal Municipal de Barranquilla para negar la protección constitucional basado en la actuación temeraria de la tutelante, ya que ella reconoce en el escrito de demanda, que acudió a la acción de tutela en dos oportunidades anteriores. En conclusión, la Sala considera que la actuación adelantada por la peticionaria, estuvo desprovista de mala fe y por ende de temeridad.

4. La acción de tutela procede para proteger el derecho fundamental de la salud de las personas portadoras del VIH, que requieren el suministro de medicamentos excluidos del POS y que carecen de recursos económicos suficientes para asumir el costo de los mismos, como quiera que quien padece dicha enfermedad catastrófica o ruinosa, goza de especial protección constitucional.

Esta Sala, en Sentencia T-1199 de 2004, se refirió a la enfermedad de VIH en los siguientes términos:

Como ya se mencionó, la enfermedad del VIH/SIDA ha sido calificada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como catastrófica y ruinosa, toda vez que quien la padece se encuentra ante un padecimiento que conlleva el deterioro constante de su estado de salud, comprometiendo su integridad física y ocasionando, indefectiblemente, su muerte. Ésta

situación, coloca al individuo en una situación de debilidad manifiesta toda vez que disminuye su posibilidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales, en especial el de la vida, el cual, solo puede ser protegido de manera efectiva si se proporcionan los tratamientos y se suministran los medicamentos destinados al control de tan grave enfermedad⁶.

Con fundamento en lo anterior, la Corte reconoce que los portadores del virus del SIDA son sujetos de especial protección constitucional, lo que torna su derecho a la salud en un derecho de carácter fundamental en conexidad con el de la vida, razón por la cual se garantiza a los nombrados la atención médica integral y la posibilidad de exigir el suministro de la totalidad del tratamiento ordenado por el médico tratante, en la forma prescrita por éste, más aún cuando el tratamiento incompleto de dicha enfermedad u opuesto a las recomendaciones médicas, agrava su situación de indefensión y su estado de salud.⁷

En el Estado Social de Derecho, la atención integral en salud a los enfermos de SIDA, es una tarea programática de carácter social a cargo del Estado y de los asociados, a quienes les corresponde la misión constitucional de establecer un sistema de seguridad y atención integral que garanticen la calidad del tratamiento y les permita acceder a los servicios de salud⁸, lo que hace efectivo el deber de solidaridad (art. 95 C.P.).

La jurisprudencia constitucional al analizar la normatividad vigente que regula el suministro de medicamentos y tratamientos a los portadores del VIH/SIDA⁹, ha establecido ciertos presupuestos bajo los cuales las EPS están obligadas a suministrar lo necesario para tratar la enfermedad en mención:

“1. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

2. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

3. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

4. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

En tales casos, la EPS. se encuentra obligada a prestar el servicio, pero como es obvio, y para preservar el equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA, tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencias precedentes. (SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001 entre otras)".¹⁰

En suma, de estar comprometida la vida del paciente, las entidades promotoras de salud están inexcusablemente obligadas a prestar en forma inmediata los servicios de salud requeridos por aquél, sin que para ello importe que la alternativa o posibilidad de tratamiento que se requiera esté excluida del POS, pues ante una situación como la descrita es inconstitucional la oponibilidad de requisitos que dilaten la prestación requerida por el enfermo de VIH/SIDA.

Bajo las anteriores premisas, esta Corporación ha expresado que al ponderar el derecho a la salud o el de la vida misma de un paciente que padece VIH y el interés económico propio de las Empresas Promotoras de Salud, la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo mediante el cual los jueces constitucionales deben procurar conciliar los intereses enfrentados y lograr el equilibrio entre la protección de uno y otro derecho, sin olvidar que predominan en todo caso, los derechos de quien es sujeto de especial protección constitucional, para el caso el portador del virus en comento.

5. Caso concreto

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por las partes y las pruebas que rezan en el expediente, las conclusiones que se obtienen son las siguientes:

1. La accionante se encuentra afiliada como cotizante de Coomeva EPS, a partir del 1 de julio de 2003.

1. La demandante ha cotizado ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el 31 de julio de 1999.

1. Según el diagnóstico realizado a la señora Cielo Esther Barraza el 16 de junio del 2000, ésta es portadora del virus del VIH, razón por la que el 16 de octubre de 2003, el médico tratante, Robin Hernández, adscrito a la entidad promotora, expidió la orden para el suministro de tres medicamentos y resalta la exclusión del POS de uno de ellos -KALETRA-.

1. Aún cuando el medicamento Kaletra no está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, tal y como lo manifestó la entidad accionada al negarse a autorizar dicho procedimiento, concluye la Sala que es ésta la única alternativa para tratar la enfermedad que la peticionaria padece, toda vez que ni el médico tratante ni la propia EPS demandada hicieron mención expresa a otro tipo de procedimiento médico o clínico que pueda sustituir en forma efectiva la medicina en cuestión.

1. Respecto a la situación económica de la señora Cielo Esther Barraza, la cual no fue desmentida ni controvertida por la entidad accionada, la Sala da por probada que la misma es precaria, pues es una persona de escasos recursos, desempleada, cuyos pocos ingresos se derivan de la labor como manicurista, y los cuales son destinados a su propia manutención.

Aun cuando la señora Cielo Esther Barraza contrajo matrimonio con el señor Nilson Antonio Ramírez, es claro que éste no se encuentra en capacidad de brindarle ayuda económica a la accionante con el fin de sufragar el tratamiento que requiere, toda vez que sus ingresos se derivan de su labor como empleado de la Empresa Celular Sun 3, suma que asciende a \$550.000 pesos mensuales, los cuales están destinados al sustento de su hijo extramatrimonial y al suyo propio, y al tratamiento de su enfermedad, pues es igualmente portador del virus del VIH/SIDA.

Según lo ha expresado la accionante, su único patrimonio se reduce a un inmueble ubicado en la calle 65 No. 8-45 de Soledad Atlántico, el cual, de acuerdo con la certificación expedida por el Secretario de Planeación del municipio antes señalado, corresponde al estrato “1 BAJO BAJO”¹¹.

En ese sentido, considerando que el tratamiento de su enfermedad tiene un costo aproximado de \$3.000.000 de pesos mensuales, se puede inferir que la actora no esta en condiciones de sufragar su costo.

1. Finalmente, siguiendo los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional y teniendo en cuenta la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentran quienes padecen de enfermedades catastróficas y ruinosas, en este caso la accionante portadora del virus del VIH, la EPS a la cual se encuentra adscrita la señora Cielo Esther Barraza, esta en la obligación de cubrir y proporcionar el tratamiento ordenado por su médico tratante.

En estas circunstancias, la Sala no halló razones que justificaran por un lado, la negativa de la EPS demandada, y por el otro, y lo que es más grave, la decisión del Juez de instancia de negar la protección constitucional, toda vez que en el Estado Social de Derecho el afiliado al Sistema General de Seguridad Social en salud, que requiera un tratamiento de alto costo con urgencia, tiene la garantía de que las entidades de salud, sean públicas o privadas, van a prestarle el servicio en forma inmediata, al prevalecer la necesidad de la atención en salud del accionante frente al cobro que reclama la demandada.

Toda vez que no se tiene certeza de las veces que la EPS accionada se ha negado a suministrar los medicamentos que la accionante solicita, la decisión de esta Sala de Revisión no puede ser la de ordenar la entrega de los mismos ya que con ello no se asegura una protección efectiva de los derechos afectados. Por el contrario, el fallo adoptado por esta Corporación será el de conceder el amparo de los derechos invocados en esta acción de tutela, en el sentido de ordenar a la entidad accionada remitir a la señora Cielo Esther Barraza nuevamente a valoración por parte de su médico tratante, con el fin de que éste le prescriba el tratamiento pertinente y adecuado para controlar la enfermedad que padece; tratamiento que debe ser suministrado por Coomeva EPS, la cual podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo y en el porcentaje que no le

corresponda cubrir.

Por otra parte, la Sala considera fundamental aclarar que el presente amparo constitucional es procedente toda vez que, aun cuando la empresa Celular Sun 3 Ltda. decidió dar por terminado el contrato de trabajo y por consiguiente la accionante ya no se encuentra adscrita a la EPS accionada, la ley otorga tres (3) meses de gracia a los trabajadores que han sido desvinculados laboralmente, contados a partir del momento en que se da por terminado la relación laboral. En el presente caso, la señora Cielo Esther Barraza fue desvinculada de la empresa Celular Sun3 el cinco (5) de enero de 2004, y la acción de tutela presentada el ocho (8) de marzo del mismo año, por lo que se entiende cobijada por el derecho.

Ahora bien, con el fin de darle continuidad al tratamiento, si luego de realizada la valoración médica y de hacer entrega de los medicamentos prescritos, la accionante dentro de la presente causa no ha sido nuevamente vinculada laboralmente y por ende no hace parte del régimen contributivo de salud, ésta deberá vincularse al régimen subsidiado.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia, para conceder el amparo de los derechos a la salud en conexidad con el de la vida digna, invocados por CIELO ESTHER BARRAZA SANTA CRUZ, señalando expresamente que Coomeva EPS. podrá repetir contra FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo y en el porcentaje que no le corresponda cubrir por ley.

VI. DECISIÓN.

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

Primero. REANUDAR los términos dentro del proceso de tutela de la referencia (expediente T-953.256), los cuales fueron suspendidos por orden de esta Sala Quinta de Revisión, mediante Auto del dieciocho (18) de noviembre de 2004.

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida el 16 de marzo de 2004 por el Juzgado cuarto (4) Penal Municipal de Barranquilla -Atlántico- y en su lugar, CONCEDER la tutela los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el de la vida de la señora CIELO ESTHER BARRAZA SANTA CRUZ.

Tercero. ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro del término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia autorice la valoración de la señora Cielo Esther Barraza Santa Cruz por su médico tratante y posteriormente suministre a su costa el tratamiento prescrito.

Cuarto. SEÑALAR que Coomeva EPS. podrá repetir contra FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo y en el porcentaje que no le corresponda cubrir por ley.

Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

Secretaria General

1 Sentencia T-721 de 2003

2 En este sentido, sentencias T-308 de 1995, T-145 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, entre muchas otras.

3 Artículo 72. responsabilidad patrimonial de las partes. Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales, temerarias o de mala fe, cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible

fijar allí su monto, ordenará que se liquide en la forma prevista en el inciso cuarto del artículo 307, y si el proceso no hubiere concluido, los liquidará en proceso verbal separado.

A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente.

Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente.

Artículo 73. Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior y la de pagar las costas del proceso, incidente, trámite especial que lo sustituya, o recurso. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe.

El juez impondrá a cada uno, multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales.

Artículo 74. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste.
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.
- 6.

4 Sentencia T-271 de 1995, T-177 de 1999 y página web de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. y los Institutos Nacionales de la Salud.

- 5 Visible a folio 14 del expediente de tutela
- 6 Sentencia T-1012 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- 7 Sentencia T-697 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yépes.
- 8 Sentencia T-723 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

9 Se analizó especialmente, el Decreto 1543 de 1997, “Por el cual se reglamenta el manejo de la infección del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)” en el cual se consagró, en el artículo 9, el derecho a la atención medica integral de la salud a las personas infectadas y las enfermas del VIH/SIDA. En la parte final de esta disposición, se dice: “Esta [la atención integral de la salud] incluirá los medicamentos requeridos para controlar la infección por el VIH y SIDA, que en el momento se consideren eficaces, para mejorar la calidad de vida de la persona infectada”.

- 10 Sentencia T-1120 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- 11 Visible a folio 15 del expediente de tutela.