

Sentencia T-201/05

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Suministro de medicamentos y práctica de exámenes médicos

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. La Sala ordenará a la EPS a la cual se encuentra adscrito el accionante, cubrir y proporcionar el examen no POS, ordenado por su médico tratante.

INCAPACIDAD MEDICA DEL ENFERMO DE SIDA-Procedencia excepcional de tutela para lograr pago

Excepcionalmente, cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnere o amenace los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la subsistencia, la tutela procede para tramitar tal reclamación por constituir aquellas la única fuente de recursos económicos que permitan sufragar las necesidades básicas, personales y familiares del actor. En el caso de las incapacidades laborales, las cuales sustituyen al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por la enfermedad que lo afecta, es indudable que la acción de tutela que se interponga, habrá de ser procedente, en tanto que afecta el mínimo vital del actor. Es necesario precisar que en el presente caso, el derecho que tiene el accionante al reconocimiento y pago de las licencias por incapacidad constituye un derecho fundamental en razón de su conexidad con el derecho al mínimo vital, pues de las pruebas obrantes en el expediente es dable concluir que requería de tales recursos para la satisfacción de sus necesidades básicas y el no pago de las 4 incapacidades laborales, extendidas cada una por 30 días, desde luego, afecta su mínimo vital. En efecto, en tanto el accionante se encuentra en estado de debilidad manifiesta por tratarse una persona afectada por el virus del VIH, que merece una especial protección y el hecho de la entidad accionada no ha efectuado el pago de la prestación económica, se presume la vulneración de su

derecho al mínimo vital. Basta la sola afirmación del accionante en relación con su situación económica, la cual no fue controvertida por la entidad demandada, y la verificación del no pago de la licencia como única fuente de ingreso del accionante, para que se pueda tener por demostrado que se ha presentado la mencionada vulneración.

ALLANAMIENTO A LA MORA POR ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD

Referencia: expediente T-1018021

Peticionario: Ufran Eliécer Largo Galeano

Demandado: Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la Sentencia proferida por el Juzgado Noveno Penal Municipal de Cali - Valle, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Ufran Eliécer Largo Galeano contra la Universidad de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

El señor Ufran Eliécer Largo Galeano, interpuso acción de tutela contra Coomeva E.P.S., por considerar que se le ha vulnerado su derecho fundamental a la vida, a la salud, en razón a que la entidad accionada se niega a autorizar la practica de un examen ordenado por su médico tratante con el fin de controlar el virus de VIH que padece, aduciendo que el mismo se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS -. Además por cuanto la entidad se niega a reconocer y pagar las incapacidades por enfermedad general, argumentando para

ello, que el cotizante no se encuentra al día en el pago de los aportes.

1. Hechos

- Manifiesta el peticionario que se encuentra afiliado a Coomeva EPS desde el treinta (30) de mayo de 2001, entidad que le negó la práctica del examen Antígeno Sérico para Criptococo (Cuantitativo), ordenado por su médico tratante con el argumento de que no se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud.

- Afirma que en el mes de marzo de 2004, fue diagnosticado con el virus de inmunodeficiencia Humana -VIH-, y el examen fue ordenado "...para detectar si todavía en la sangre está una enfermedad que tuve que fue meningitis, es un examen de control..."¹

- Considera que no se encuentra en capacidad económica para cubrir el costo del examen, toda vez que es una persona de escasos recursos económicos pues si bien, éste solamente cuesta \$35.000.00, lo que gana como trabajador independiente, que es un salario mínimo, lo utiliza para sufragar los gastos que tiene con su familia conformada por su esposa y dos hijos menores de 11 y 9 años y además para el pago del arriendo. Por lo tanto solicita se ordene la practica del examen ordenado y se le garantice la continuidad del tratamiento que se le ha venido prestando para la grave enfermedad que padece.

- También manifiesta que estuvo incapacitado en cuatro oportunidades, desde el 16 de abril hasta el 13 de agosto de 2004 y a la fecha la entidad accionada no le ha cancelado el valor de las incapacidades.

I. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

* Folio 4, fotocopia del carné de afiliación y de la cédula de ciudadanía del accionante.

* Folio 5, fotocopia del certificado de incapacidad expedido el 20 de agosto de 2004, por Coomeva EPS a nombre del accionante, por 30 días a partir del 15 de julio de 2004 hasta el

13 de agosto de 2004.

* Folio 6, fotocopia de la orden de incapacidad provisional, expedida el 11 de agosto de 2004 por 30 días a partir del 15 de julio de 2004, suscrita por el médico tratante, por razón de: "Criptococosis y bacteremia por E. Coli"

* Folio 7, fotocopia del resultado del examen de laboratorio de fecha 5 de febrero de 2004, en el que se expresa: "ANÁLISIS ORDENADO: HIV 1 Y 2 ; RESULTADO: POSITIVO."

* Folio 8, fotocopia del formato de Negación de Servicios de Salud, No.23060, mediante el cual Coomeva EPS, niega el examen "Antígeno serico para criptococo", cuya justificación fue: "No se encuentra en el POS según resolución 5261/1991".

* Folio 9, fotocopia del certificado de incapacidad expedido el 26 de abril de 2004, por Coomeva EPS a nombre del accionante, por 30 días a partir del 16 de abril de 2004 hasta el 15 de mayo de 2004.

* Folio 10, fotocopia de la orden de exámenes suscrita por el médico tratante, en la que se ordena entre otros exámenes el de "ANTIGENO SERICO PARA CRIPTOCOCO (CUANTITATIVO)."

* Folio 11, diligencia de ampliación de demanda recibida al accionante el 13 de octubre de 2004 por el Juzgado de conocimiento.

I. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

Mediante escrito de fecha once (11) de octubre de 2004, la analista jurídica de la Regional Cali de Coomeva E.P.S, manifiesta al Juzgado de conocimiento que el examen ordenado al accionante no puede ser autorizado en razón a que no se encuentra contemplado en el Manual de Procedimientos e Intervenciones del POS, en cumplimiento a lo establecido en el literal O del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, por tratarse de actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el Manual.

En lo relacionado con las incapacidades laborales del accionante, mediante escrito de fecha diecinueve (19) de octubre de 2004, dirigido al juzgado de instancia, la misma empleada en respuesta al requerimiento del juzgado, informa que el señor Ufran Eliécer se encuentra vinculado a la empresa A&M desde el mes de abril de 2004 y los aportes se han efectuado de manera extemporánea, toda vez que siendo la empresa considerada como grande aportante, le corresponde cancelar los aportes el séptimo día hábil de cada mes y sin embargo los pagos se efectuaron de la siguiente manera:

Periodo

Fecha de Pago

Fecha Límite de Pago

Pago oportuno

2004/04

2004/04/21

2004/04/13

NO

2004/05

2004/05/11

2004/05/11

SI

2004/06

2004/06/23

2004/06/09

NO

2004/07

2004/07/15

2004/07/12

NO

En consecuencia manifiesta que no es posible cancelar las incapacidades otorgadas al señor Largo Galeano, en razón a que es requisito para el pago que el cotizante se encuentre al día en el pago de los aportes y además precisa que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del decreto 1804 de 1999, para el reconocimiento y pago de la licencia por incapacidad general se requiere que los pagos se hayan efectuado de forma oportuna por lo menos durante 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho, de lo contrario, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Decreto 806 de 1998, le corresponde al empleador cancelar el valor de la incapacidad por haber incurrido en mora.

Mediante Sentencia proferida el veintiuno (21) de octubre de 2004 el Juzgado Noveno Penal Municipal de Cali -Valle-, negó la tutela incoada por el accionante. Consideró el juzgado que frente a la pretensión del accionante relacionada con la practica del examen, éste no compromete la salud y la vida del accionante, pues se trata solamente de un examen de control de una enfermedad que padeció. De otra parte concluye que está en posibilidad de cubrir el costo del examen, pues si bien quedó probado que recibe como ingreso el mínimo y que tiene dos menores hijos y paga arriendo, éste solamente tiene un valor de \$35.000.oo. En relación con el tratamiento solicitado, considera que teniendo en cuenta que hasta el momento la entidad no le ha negado el tratamiento que requiere, se trata de una situación

incierto de la cual no se puede derivar una amenaza y mucho menos la vulneración de los derechos alegados por el actor.

Por último, en cuanto al pago de las incapacidades, considera que la acción de tutela no es el mecanismo para resolver conflictos de naturaleza económica y por tanto deberá acudir al juez competente.

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.

2. Problema Jurídico.

El señor Ufran Eliécer Largo Galeano, asegura que Coomeva EPS vulneró su derecho fundamental a la salud y a la vida, al negarse a autorizar la práctica de un examen ordenado por su médico tratante en razón del virus del VIH que padece, aduciendo que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

También considera que se le ha violado sus derechos fundamentales, toda vez que la entidad no le ha pagado hasta el momento las incapacidades por enfermedad general.

Por su parte, el Juez de instancia negó el amparo constitucional, por considerar que el examen ordenado no afecta su vida ni su salud y además que la situación económica si le permite sufragar el costo del mismo. En cuanto al pago de las incapacidades considera que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar su pago razón por la que debe acudir a las vías judiciales ordinarias.

En estas circunstancias, son dos los problemas jurídicos que le corresponde a esta Sala de Revisión resolver, teniendo de presente que se trata de un sujeto de especial protección

constitucional por tratarse de una persona portadora del virus del VIH:

- Se debe verificar si efectivamente Coomeva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud en conexidad con el de la vida del accionante al negar la autorización para la práctica del examen no POS .

- Si la entidad accionada vulneró el mínimo vital del accionante por el no pago de la licencia por incapacidad laboral.

3. El derecho fundamental de la salud y la especial protección constitucional de las personas que padecen del virus de inmunodeficiencia humana -VIH- . Suministro de tratamientos y medicamentos no contemplados en el POS.

3.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante al afirmar que los derechos fundamentales de quienes padecen de VIH y SIDA, tienen un carácter especial y que debido a la gravedad de su enfermedad merecen una atención mayor por parte del Estado.

La enfermedad del VIH/SIDA² 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. La Corte ha afirmado que esa patología coloca a quien lo padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que ese virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección que finalmente termina con la muerte³.

Esta situación, coloca al individuo en una situación de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.), 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 enfermedad⁴.

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.⁵

La protección especial que debe brindar el Estado a ese grupo de población, está fundada en el principio de solidaridad, como uno de los principios rectores de la seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.) y por tanto en materia de salud, dados los altos costos que esa enfermedad demanda, en cumplimiento del deber de solidaridad (art. 95 C.P.), todos los integrantes de la comunidad deben unir esfuerzos para que la atención sea integral con el fin de que se les garantice la calidad del tratamiento y el acceso a los servicios de salud⁶.

El artículo 9º del Decreto 1543 de 19977, señala que la atención integral a las personas infectadas por el VIH y SIDA, podrá ser de carácter ambulatorio, hospitalario, domiciliario o comunitario y se efectuará en las áreas de prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y readaptación. Además indica ésta norma que la atención incluirá los medicamentos que se requieran para controlar la infección, que se consideren eficaces, para mejorar la calidad de vida de la persona que padece la enfermedad.

3.2. Ahora bien, cuando la vida y la salud de las personas enfermas de VIH/SIDA se encuentren grave y directamente comprometidas, a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, 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 de los servicios requeridos por este tipo de pacientes.

Para tal efecto, la jurisprudencia constitucional, 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)".⁸

Así entonces, cuando se está frente al derecho a la salud o la vida 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, en donde sin lugar a dudas predominan, los derechos de quien es portador del virus VIH o Sida, por ser sujeto de especial protección constitucional.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales y el allanamiento a la mora

4.1. Esta Corporación ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que es la jurisdicción ordinaria laboral, la competente para conocer de los conflictos jurídicos relativos a la reclamación de acreencias de orden laboral, tal como se encuentra contemplado en el Código Procesal del Trabajo.

Sin embargo, excepcionalmente, cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnere o amenace los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la subsistencia, la tutela procede para tramitar tal reclamación por constituir aquellas la única fuente de recursos económicos que permitan sufragar las necesidades básicas, personales y familiares del actor.

En el caso de las incapacidades laborales, las cuales sustituyen al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por la enfermedad que lo afecta, es indudable que la acción de tutela que se interponga, habrá de ser procedente, en tanto que afecta el mínimo vital del actor. Así lo ha señalado esta Corporación al afirmar:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.⁹

4.2. Existe abundante jurisprudencia en la que, ante la negativa del pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS, la Corte ha tutelado el derecho al mínimo vital, aplicando para ello, el criterio del allanamiento de la mora del empleador¹⁰, con lo cual se entiende que la EPS está en la obligación de pagar la licencia a pesar de que el empleador haya pagado tardíamente las cotizaciones, siempre que la entidad no hubiere rechazado el pago realizado, ni tampoco hecho requerimiento alguno para que lo hiciera, y sólo al momento de la reclamación del pago de la licencia de maternidad, aduce que las cotizaciones fueron extemporáneas.

Mediante Sentencia T-413 de 2004¹¹, la Corte extendió a los casos de incapacidad general, la aplicación de la jurisprudencia constitucional respecto de las situaciones en las cuales las empresas promotoras de salud se niegan a pagar licencias de maternidad porque el empleador consignó tardíamente las cotizaciones. Sobre el particular afirmó:

“Si bien hasta el momento la Corporación ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora a negativas de pago de licencia de maternidad, esta Sala de Revisión considera que tal criterio

también puede ser aplicado, *mutatis mutandi*, cuando por la mora en el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una incapacidad laboral, llegando a afectar el mínimo vital. En esta situación se presentan tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia: (i) vulneración del mínimo vital del accionante por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud.

Esta similitud justifica la aplicación de la doctrina jurisprudencial desarrollada, hasta el momento, en los casos de no pago de licencia de maternidad a los casos de incapacidades laborales.”

De conformidad con lo establecido en el artículo 3º del Decreto 47 de 2000 y en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, para que la EPS a la que se encuentre afiliado un trabajador esté obligada al pago de la licencia por enfermedad general, es necesario cumplir los siguientes requisitos: (i) haber cotizado al sistema de seguridad social en salud un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa¹² y (ii) que su empleador haya pagado de manera oportuna y completa las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho¹³. Por su parte mediante el Decreto 1406 de 1999, se reguló lo referente al registro único de aportantes y las fechas en que los diferentes integrantes del sistema de seguridad social deben realizar los aportes respectivos.

Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la aplicación de estas normas se ha modulado, pues en estos casos, con apoyo en la teoría del allanamiento a la mora y el principio de buena fe, la Corte como ya se dijo ha considerado que, pese a la mora, la EPS debe reconocer y pagar la licencia de maternidad o la licencia por incapacidad general por haber incumplido también su deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes y no oponerse oportunamente al pago extemporáneo¹⁴.

5. Caso concreto

En el presente caso, el accionante manifiesta que el mes de marzo de 2004, fue diagnosticado con el virus de VIH y por tal razón su médico tratante le ordenó la práctica del

examen de control antígeno sérico para criptococo (cuantitativo), para detectar si todavía en la sangre está una enfermedad que tuve que fue meningitis. Afirma que a pesar de haber recibido el tratamiento y los servicios de hospitalización, la entidad accionada, le ha negado la práctica del examen con el argumento de no encontrarse incluidos en el POS, así como el pago de las incapacidades, con la excusa de que el empleador se encuentra en mora en el pago de los aportes.

El Juez de instancia negó la acción de tutela al considerar que el examen no compromete la salud y la vida del accionante y de otra parte, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar el pago de las incapacidades.

Así las cosas pasará la Sala a determinar la procedencia del amparo constitucional a partir de la jurisprudencia sentada por esta Corporación respecto de la especial protección de las personas afectadas con el virus del VIH y teniendo en cuenta que son dos los problemas jurídicos que se han planteado en la presente providencia. Por tal razón, en primer término determinará si la no práctica del examen ordenado al accionante, afecta sus derechos fundamentales y si se da cumplimiento a las condiciones señaladas jurisprudencialmente para que la EPS autorice la práctica del examen no POS y posteriormente se referirá a la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de las incapacidades laborales.

1. De conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente y analizadas cada una de las reglas trazadas por esta Corporación para la autorización de exámenes no contemplados en el POS, se tiene lo siguiente:

- Consta en el expediente que el señor Ufran Eliécer Largo Galeano, se encuentra afiliado a Coomeva E.P.S. a partir del 30 de mayo de 2001 y en la actualidad se encuentra efectuando los aportes en calidad de trabajador independiente. Lo anterior, teniendo en cuenta que a pesar de que en los escritos de fecha 11 y 19 de octubre de 2004¹⁵, la entidad demandada acepta que el accionante “se encuentra en calidad de cotizante dependiente” y además afirma que “se encuentra vinculado con la empresa A&M, desde el mes de abril...” , el propio accionante en la diligencia de ampliación de la denuncia recibida ante el Juzgado de instancia el 13 de octubre de 2004¹⁶, afirma que “...yo trabajo en forma independiente, en transportes, en este momento no me encuentro en ninguna empresa pero sigo haciendo aportes a la EPS...”

- En relación con el VIH que padece el accionante, las otras enfermedades que lo han afectado y los exámenes negados por la EPS, se encuentra suficientemente probado en el expediente lo siguiente:

* El 5 de febrero de 2004 fue diagnosticado con VIH 1 y 2 positivo.¹⁷

* Según orden de incapacidad de fecha agosto 11 de 2004¹⁸, el médico tratante lo incapacitó indicando como razón de la incapacidad: "Criptococosis y Bacterenemia por E .Coli."

* El 11 de agosto de 2004, el médico tratante le ordenó la práctica de varios exámenes¹⁹, entre otros, el de antígeno sérico para criptococo (cuantitativo), para "...detectar si todavía en la sangre está una enfermedad que tuvo que fue meningitis..."²⁰.

* La criptococosis es una enfermedad "...causada por la inhalación del hongo cryptococcus neoformans...(...) En la mayoría de los casos se presenta en personas con inmunidad comprometida, como en los casos de infección por VIH...(...)Complicaciones: Meningitis." ²¹

* La E. Coli "Escherichia coli es una bacteria que puede causar diarrea sanguinolenta"²²

- Como se indicó en líneas precedentes, en relación con el VIH, la Corte ha manifestado que este virus "coloca a quien lo padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que ese virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección que finalmente termina con la muerte"²³. En tal sentido, la Corte ha advertido la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para hacer menos gravoso el padecimiento de los enfermos de VIH, a través de la implementación de programas que brinden atención integral de salud como lo señala el artículo 9º del Decreto 1543 de 1997, con ampliación en la cobertura de medicamentos, exámenes y procedimientos tendientes a superar la situación de indefensión en la que se encuentran.²⁴

Por lo tanto resulta evidente que ante las características propias de esta enfermedad catastrófica - baja en las defensas del organismo y necesidad de brindar un tratamiento

integral -, el padecimiento de otras enfermedades como las que le causaron la incapacidad laboral al accionante, aunado al riesgo constante de que su enfermedad terminal empeore, sin duda, afecta la salud del accionante, e insisten en la necesidad de la practicar el examen solicitado.

Tal como ha afirmado esta Corporación en varios de sus fallos²⁵, los exámenes que los médicos ordenen son necesarios para obtener la información suficiente que permita al personal médico decidir el tratamiento más adecuado para el portador de la enfermedad, afirmando también que tales exámenes constituyen elementos de diagnóstico imprescindibles para determinar el tratamiento de una enfermedad que de no ser atendida adecuadamente, impide el mantenimiento del estado de salud y la integridad física del paciente, con graves consecuencias para su vida. En consecuencia es claro que la negativa de la E.P.S. a practicar el examen de antígeno sérico para criptococo (Cuantitativo), constituye una vulneración al derecho a la salud en conexidad con la vida del señor Largo Galeano.

- No existe constancia en el expediente que el examen pueda ser sustituido por otro. 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 el examen ordenado.

- El accionante también afirma en su demanda no tener capacidad económica para cubrir los gastos que supone el examen recomendado, lo que no fue controvertido por la entidad accionada, a pesar de que es sabido que estas entidades poseen archivos con información suficiente de sus usuarios para desvirtuar la incapacidad económica que estos aleguen.²⁶ Para la sala es claro que a pesar que el examen tiene un valor de \$35.000.00, éste no se encuentra en capacidad económica suficiente para sufragar su valor, por cuanto afirma ser un trabajador independiente, se gana más o menos un salario mínimo, tiene dos hijos menores que estudian y además paga arriendo y servicios.²⁷

- Existe constancia en el expediente que el examen solicitado y no contemplado en el POS, fue ordenado por su médico tratante.

En este orden de ideas, una vez verificados el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales, la Sala concluye que la negativa de Coomeva EPS, de realizar al señor Ufran Eliécer Largo Galeano el examen ordenado, es violatoria de su derecho a la salud en

conexidad con la vida, toda vez que se trata de un sujeto que padece una enfermedad catalogada de ruinosa y catastrófica, y por lo tanto merece especial protección constitucional debido al alto grado de vulnerabilidad a que están expuestos. Así entonces, la Sala ordenará a Coomeva EPS a la cual se encuentra adscrito el accionante, cubrir y proporcionar el examen no POS, ordenado por su médico tratante.

2. En relación con la reclamación del pago de las incapacidades por enfermedad, la Sala entra a determinar, a la luz de la línea jurisprudencial expuesta en el punto 4 de esta providencia, en primer lugar si ha existido afectación del mínimo vital del accionante para luego determinar si hubo allanamiento de la mora por parte de la entidad accionada.

En relación con la afectación del mínimo vital del accionante por el no pago de las incapacidades, una vez revisados los documentos obrantes en el expediente, esta Sala encuentra lo siguiente:

- El accionante estuvo incapacitado debido a las enfermedades que lo aquejan, a partir del 16 de abril de 2004 y hasta el 13 de agosto de 2004, por periodos de 30 días cada uno.
- Como ya se indicó, el accionante está afiliado a Coomeva E.P.S., a partir del 30 de mayo de 2001 y en la actualidad se encuentra efectuando los aportes en calidad de trabajador independiente.
- Para la época en que se causaron las incapacidades, el accionante se encontraba cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de trabajador dependiente de la empresa A&M.

En primer lugar, es necesario precisar que en el presente caso, el derecho que tiene el accionante al reconocimiento y pago de las licencias por incapacidad constituye un derecho fundamental en razón de su conexidad con el derecho al mínimo vital, pues de las pruebas obrantes en el expediente es dable concluir que requería de tales recursos para la satisfacción de sus necesidades básicas y el no pago de las 4 incapacidades laborales, extendidas cada una por 30 días, desde luego, afecta su mínimo vital.

En efecto, en tanto el accionante se encuentra en estado de debilidad manifiesta por tratarse una persona afectada por el virus del VIH, que merece una especial protección y el hecho de

la entidad accionada no ha efectuado el pago de la prestación económica, se presume la vulneración de su derecho al mínimo vital. Basta la sola afirmación del accionante en relación con su situación económica²⁸, la cual no fue controvertida por la entidad demandada, y la verificación del no pago de la licencia como única fuente de ingreso del accionante, para que se pueda tener por demostrado que se ha presentado la mencionada vulneración.²⁹

En segundo lugar, en relación con el allanamiento de la mora por parte de la entidad accionada, se tiene lo siguiente:

- Afirma la propia entidad accionada³⁰, que durante los cuatro meses anteriores a la causación del derecho, - julio de 2004 -, la empresa A&M a la cual se encontraba vinculado el accionante, efectuó sus aportes.

- Manifiesta también, que de esos cuatro meses, solamente en el mes de mayo su pago se realizó oportunamente, mientras que el resto de los meses - abril, junio y julio-, los pagos se hicieron en forma extemporánea.

- Coomeva EPS considera, que de conformidad con las normas que regulan la materia no puede acceder al pago de las incapacidades, toda vez que el empleador ha incurrido en mora y en consecuencia es él quien debe sufragar su valor.

- No hay prueba de que la entidad accionada hubiere adelantado alguna acción previa tendiente a cobrar la deuda.

Así las cosas, a juicio de esta Corporación, no es aceptable la razón que con apoyo, entre otras normas, en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, expone la EPS demandada, toda vez que ella misma acepta que el empleador cumplió con el pago de las cotizaciones. Otra cosa es que la entidad accionada no se haya opuesto al pago extemporáneo de las cotizaciones por parte del actor - motivo por el cual se presentó el allanamiento a la mora -, ni haya ejercido oportunamente las acciones de cobro correspondientes.

Por lo anterior, en el caso presente se aplica la jurisprudencia citada, en el sentido de que Coomeva EPS no puede abstenerse de pagar las incapacidades por enfermedad general solicitadas, bajo el argumento de que el empleador del accionante se encuentra en mora, pues no realizó ningún procedimiento tendiente a cobrar la supuesta deuda y solamente

hasta cuando el accionante reclamó su pago, consideró que las cotizaciones fueron extemporáneas. Por lo tanto se ordenará a la EPS demandada se las cancele.

Por las expuestas consideraciones, esta Sala de revisión revocará el fallo objeto de revisión y en su lugar procederá a tutelar los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y al mínimo vital del señor Ufran Eliécer Largo Galeano, como persona afectada por VIH, para la cual tales derechos merecen especial protección, señalando expresamente que Coomeva EPS podrá repetir contra el 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,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 21 de octubre de 2004 por el Juzgado noveno (9) Penal Municipal de Cali - Valle - y en su lugar, CONCEDER la tutela los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el de la vida y el mínimo vital del señor UFRAN ELIÉCER LARGO GALEANO.

Segundo. 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 el examen denominado Antígeno Sérico para Criptococo (Cuantitativo), ordenado por su médico tratante.

Tercero. 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.

Cuarto. ORDENAR a Coomeva EPS que, si aún no lo ha hecho, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de esta Sentencia, proceda pagar al accionante las licencias por enfermedad a las que tiene derecho.

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 ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 11, diligencia de ampliación de la demanda de acción de tutela presentada ante el Juzgado Noveno Penal Municipal de Cali.

2 Esta Sala, en Sentencias T-1199 de 2004, reiterada en Sentencia T-067 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil , se refirió a la enfermedad del VIH.

3 Ver Sentencias T-505 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-697 de 2004, M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes y T-843 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

4 Sentencia T-1012 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

5 Sentencia T-697 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yépes.

6 Ver Sentencia T-1199 de 2004, ya citada.

7 “Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades

de Transmisión Sexual (ETS)".

8 Sentencia T-1120 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

9 Sentencia T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

10 Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante, ver entre otras, las siguientes sentencias : T-640 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil, T-605 de 2004, MP Rodrigo Uprimny Yepes, T-390 de 2004, MP Jaime Araujo Rentería, T-885 de 2002, MP Clara Inés Vargas Hernández, T-880 de 2002, MP Alfredo Beltrán Sierra y T-467 de 2000, MP Alvaro Tafur Galvis.

11 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, reiterada en sentencia T-855 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 El artículo 3º del Decreto 47 de 2000, establece: "Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización: 1. Incapacidad por enfermedad general. Modificado. D.R. 783/2000, art. 9º. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

13 El artículo 21, numeral 1 del Decreto 1804 de 1999, establece: "“Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho”.

14 Véase las sentencias más recientes: T-389, T-390, T-504, T-550, T551, T-584, T-640 y

T-641 de 2004.

15 Ver folios 13 y 20 del expediente.

16 Ver folio 36 del expediente

18 Ver folio 6 del expediente

19 Ver folio 10 del expediente.

20 Ver afirmaciones del accionante en diligencia de ampliación de demanda. Fl.16

21 Información tomada de la Página Web de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EEUU y los Institutos Nacionales de Salud www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000755.htm .

22 Información tomada de la Página Web www.vdh.state.va.us/spanish/ecolif.htm.

23 Ver Sentencias T-505 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-697 de 2004, M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes y T-843 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño

24 Sentencias T-271 de 1995 y T- 328 de 1998.

25 Sobre la procedencia de la acción de tutela para la práctica de pruebas y exámenes médicos, la Corte indicó que “el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen” (Negrillas originales) Corte Constitucional, Sentencia T-366 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

26 En similar sentido ver Sentencias: T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa,

T-861 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández , T-279 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, y T-699 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

27 Ver afirmaciones del accionante en diligencia de ampliación de demanda. Fl.16 del expediente.

28 Como ya se vio, el accionante afirma ser un trabajador independiente y en tal condición se gana más o menos un salario mínimo, tiene dos hijos menores que estudian y además paga arriendo y servicios.

29 Ver entre otras la sentencia T-271 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

30 Ver escrito de contestación de la demanda de tutela. F.20 del expediente.