

Sentencia T-1063/05

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-EPS tienen libertad de escoger IPS por medio de las cuales prestarán servicios del POS

Las EPS tienen la libertad de elegir las IPS por intermedio de las cuales prestarán los servicios del POS a sus afiliados, siempre que éstas garanticen un servicio integral y de calidad. Así mismo, tienen la obligación de celebrar convenios con varias de estas instituciones con el fin de garantizar el ejercicio del derecho a la libre escogencia de IPS por parte de sus usuarios. Por su parte, este derecho sólo puede ejercerse dentro del marco de opciones que ofrezca la respectiva EPS, de manera que sus afiliados deben acogerse a las IPS que ésta les ofrezca y no podrán obligarla a prestar servicios por medio de instituciones distintas, salvo en los casos de urgencia y los demás casos excepcionales previstos en la Resolución 5261 de 1994 del CNSSS.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Práctica de exámenes médicos excluidos del POS

Cuando el juez de tutela constata que un tratamiento, examen o medicamento, de conformidad con las anteriores reglas, está excluido del POS, en principio no puede conceder el amparo constitucional. No obstante, esta Corporación ha señalado que la tutela procede de manera excepcional para reclamar la prestación tales prestaciones con cargo a los recursos del FOSYGA, cuando se advierta una grave vulneración del derecho a la salud de los accionantes que puede comprometer no sólo su existencia biológica sino también su dignidad. Como fue expresado por el Ministerio de la Protección Social, el examen de aminoácidos se encuentra previsto en el artículo 74 ibídem, el cual define las actividades y procedimientos de laboratorio clínico cubiertos por el POS. Por tanto, la Sala ordenará a la EPS accionada autorizar su práctica, si aún no lo ha hecho.

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD

No sobra recordar que el juez constitucional también tiene la obligación de activar sus poderes inquisitivos en materia probatoria con el objeto de determinar la situación económica de los tutelantes en casos como el que ahora se estudia.

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Autorización de

prestaciones no previstas en el POS

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-No resulta procedente por tutela remisión a entidad específica de salud

Respecto de la solicitud de remisión de la menor a la IPS Fundación Liga Central contra la Epilepsia, la Sala por el contrario estima que es improcedente, dado que no existe prueba de que en la IPS Previmedica la menor esté recibiendo un mal servicio. Al respecto, reitera la Sala que la afirmación de la madre de Luisa Fernanda Gutiérrez en este sentido no es suficiente para desacreditar la idoneidad de la referida IPS. Además, tampoco existe orden del médico tratante de la menor que indique que ésta debe ser atendida en una IPS diferente. La menor deberá seguir asistiendo al centro Previmedica para recibir las terapias que le han sido ordenadas, IPS con la que la Humanavivir tiene convenio para la prestación de este tipo de servicios.

Referencia: expediente T-1154081

Peticionario: María Luz Dary Arias Morales en representación de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias

Accionado: Humanavivir EPS

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida el 16 de junio de 2005, por el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

El 1° de junio de 2005, María Luz Dary Arias Morales, actuando en representación de su menor hija Luisa Fernanda Gutiérrez Arias, promovió acción de tutela contra Humanavivir EPS, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y al libre desarrollo de la personalidad, con fundamento en los siguientes:

1. Hechos

La madre de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias manifiesta que ésta nació con una deficiencia en su desarrollo físico y psicológico, por lo que en la actualidad realiza actividades de una niña de 5 años aunque tiene 13, y su aspecto físico es el de una niña de 7 años.

Relata que, a pesar de los múltiples exámenes que se le han practicado, aún no se conoce la causa de su enfermedad.

Expresa que, en el año 2004, su médico tratante le ordenó asistir a terapias de lenguaje, ocupacionales, físicas, psicológicas y de educación especial dos veces por semana, y la remitió a valoración en neuropediatría. Las terapias se le vienen practicando en la IPS Previmedica; sin embargo, su madre asegura que dicha institución no las realiza adecuadamente, razón por la cual - indica - su médico tratante la remitió a la Fundación Liga Central contra la Epilepsia u Hospital La Misericordia.

Expresa que Humanavivir no tiene contrato con dicha IPS, por lo cual tiene que cancelar las terapias ella misma de conformidad con las siguientes tarifas: señala que cada sesión de terapia ocupacional, de lenguaje, física y de educación especial tiene un costo de \$17.300, y que las terapias psicológicas tienen un valor de \$22.400, lo que arroja un total semanal de \$182.200 y mensual de \$768.800.

Agrega que, en el año 2004, a la menor también le fueron ordenados los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos, exámenes que la EPS demandada se niega a suministrar por estar excluidos del POS.

Explica que estos exámenes tienen un costo de \$390.000 y que no está en posibilidad de cancelarlos junto con las terapias, pues no tiene trabajo y la mayor parte de su tiempo lo dedica al cuidado de la menor. Afirma que la menor está afiliada al sistema de salud como beneficiaria de su padre, quien en la actualidad sólo percibe un salario mínimo.

2. Pretensiones de la accionante

Con fundamento en los anteriores hechos, la demandante solicita que se ordene a Humanavivir EPS autorizar la realización de las terapias que la menor requiere en la IPS indicada por su médico tratante, es decir, en la Fundación Liga Central contra la Epilepsia, así como los exámenes que le han sido ordenados y los demás servicios necesarios para el tratamiento de su enfermedad.

3. Contestación de la demanda

3.1 Contestación de Humanavivir EPS

Humanavivir EPS, en escrito del 8 de junio de 2005, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, indicó que la EPS en ningún momento se ha negado a autorizar las terapias que la menor tutelante necesita, así como su valoración por neurpediatría. Al respecto, manifiesta que estos servicios se le vienen prestando en la IPS Previmedica, la cual, asegura, cuenta con los estándares de calidad exigidos para realizar esta actividad.

Sobre los exámenes genéticos y paraclínicos que la madre de la menor demanda, afirmó que éstos están excluidos del POS, de manera que no se encuentra obligada a autorizarlos. Precisa entonces que el costo de los mismos corresponde asumirlos a la familia de la menor, la cual se encuentra probado tiene capacidad de pago en cuanto cotiza al régimen contributivo de salud.

Para concluir, expresó que de llegarse a probar que la familia de la menor no cuenta con recursos para sufragar estos servicios, será el Estado el responsable de su pago y no la EPS.

3.2 Contestación del Ministerio de la Protección Social

Mediante auto del 2 de junio de 2005, el juzgado de primera instancia resolvió vincular al Ministerio de la Protección Social, como administrador del FOSYGA, por cuanto podía resultar afectado con la decisión que se adoptara.

En este orden, en memorial del 10 de junio de 2005, este ministerio indicó (i) que las terapias del lenguaje que le fueron ordenadas a la menor demandante, se encuentran previstas en el POS, así como el examen de aminoácidos, (ii) que, por el contrario, el examen de valoración genética se encuentra excluido del mismo, (iii) que las EPS sólo están obligadas a prestar servicios en IPS distintas a las contratadas por ellas, en los eventos descritos en los artículos 1° y 14 de la Resolución 5261 de 1994, y (iv) que el FOSYGA no está encargado del suministro directo de servicios de salud.

4. Decisión que se revisa

El Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, en sentencia del 16 de junio de 2005, denegó el amparo solicitado por la madre de la menor, por considerar:

Respecto de la solicitud de autorización de las terapias que la menor requiere, que la EPS accionada nunca se ha opuesto a ello, y que, por el contrario, éstas se le vienen suministrando en una IPS con la que la EPS tiene contrato.

En cuanto a los exámenes ordenados por sus médicos tratantes, que la madre de la menor no ha agotado el procedimiento que corresponde ante el Comité Técnico Científico de la EPS para obtener su autorización, en tanto están excluidos del POS.

Con fundamento en estos argumentos, el juez de instancia estimó que Humanavivir no había vulnerado ningún derecho fundamental de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias.

5. Pruebas

5.1 Aportadas por el accionante

a. Copia del resultado de los exámenes test de figura humana de Gopdenough, test gestáltico visomotor de Bender y test de inteligencia para niños Wechler - tercera edición,

practicados a la menor Luisa Fernanda Gutiérrez, en la Fundación Liga Central contra la Epilepsia, de fecha 15 de marzo de 2004. En el documento se informa que, de conformidad con el test de figura humana, la menor se ubica en una edad mental de 6 años y padece un déficit cognitivo moderado, y que, según el test de Bender, se ubica en una edad mental de 5 años y medio, presenta fallas en integración y modificación en forma, así como compromiso en la organización visoperceptual y visomotora. En conclusión, la fundación señaló que la menor funciona intelectualmente dentro de un déficit cognitivo moderado (fol. 1 C. 1).

a. Copia del carné de afiliación de la menor a Humanavivir EPS (fol. 2 C. 1).

a. Copia del resultado del examen de educación especial practicado a la menor Luisa Fernanda Gutiérrez, en la Fundación Liga Central contra la Epilepsia. En el documento se concluye que la menor padece “TRASTORNO MIXTO DEL DESARROLLO DE HABILIDADES ESCOLARES SECUNDARIO A DÉFICIT COGNITIVO” (fols. 3 y 4 C. 1).

a. Fórmula médica de fecha 23 de abril de 2004, mediante la cual el doctor Antonio Benavides, médico tratante del Instituto Nacional de Salud, recomendó al doctor Carlos Mora autorizar la práctica de los siguientes exámenes a la menor Luisa Fernanda Gutiérrez: aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos (fol. 6 C. 1).

a. Fórmula médica de fecha 26 de julio de 2004, por medio de la cual el doctor Carlos Alberto Mora, pediatra y neurólogo infantil de Previmedica S.A., ordena que se le practiquen a la menor Luisa Fernanda Gutiérrez, los siguientes exámenes: aminoácidos y plasma, ácidos orgánicos y mucopolisacáridos (fol. 7. C. 1).

a. Fórmulas médicas de fecha 2 de agosto de 2004, mediante las cuales el doctor Carlos Mora ordena que se le practiquen a la menor Luisa Fernanda Gutiérrez, otra serie de exámenes (fols. 8 y 9 C. 1).

a. Copia del derecho de petición presentado por Luz Dary Arias ante Humanavivir EPS, el 17 de mayo de 2005, en el cual solicita el cubrimiento del 100% de los servicios que la menor Luisa Fernanda Gutiérrez requiere (fol. 10 C. 1).

a. Copia del registro civil de nacimiento de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez (fol. 11 C. 1).

a. Cotización de fecha 18 de mayo de 2005, mediante la cual el Centro de Investigaciones de Bioquímica de la Universidad de los Andes, informa al doctor Carlos Mora que el costo de los exámenes aminoácidos en plasma, ácidos orgánicos en sangre y pruebas para mucopolisacaridos es \$60.000, \$250.000 y \$80.000, respectivamente (fol. 12 C. 1).

5.2 Allegadas a la Corte Constitucional

a. Memorial de fecha 18 de octubre de 2005, mediante el cual la accionante informa a la Corporación que su situación económica es la siguiente: (i) asegura que en la actualidad sólo percibe \$180.000 por concepto del arriendo del primer piso de su casa; (ii) indica que el padre de la menor devenga un salario mínimo y que sólo puede pagar una cuota de alimentos de \$100.000; (iii) señala que su compañero permanente también percibe un salario mínimo con el que debe sostener su hogar compuesto por ella, un hijo de 7 años y la menor Luisa Fernanda Gutiérrez; (iv) expresa que mensualmente ella y su compañero deben cancelar \$180.000 por concepto de servicios públicos, \$300.000 por concepto de alimentación, \$90.000 por concepto de loncheras de los menores y \$55.100 por concepto de pensión de la menor en el colegio donde actualmente estudia, de manera que sus ingresos no son suficientes para cubrir el costo de la atención médica que requiere la menor (fols. 10 y 11 C. 2).

a. Copia de los recibos de pago de los servicios públicos del inmueble donde reside la accionante (fols. 12 a 15 C. 2).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión es competente para revisar la sentencia proferida el 16 de junio de 2005, por el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y el Decreto 2591 de 1991.

1. Presentación del caso y problema jurídico

La menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias padece un déficit cognitivo moderado, fallas en integración y modificación, y en la organización visoperceptual y visomotora. Por esta razón, su médico tratante la remitió a terapias del lenguaje, ocupacionales, físicas, psicológicas y de educación especial dos veces por semana, así como a valoración neuropediátrica, y ordenó que le fueran practicados los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos.

Las terapias aludidas se le vienen practicando en la IPS Previmedica con la que la Humanavivir EPS tiene contrato para el efecto. Sin embargo, la madre de la menor asegura que allí no son realizadas adecuadamente, y que, por este motivo, el médico tratante de la menor la remitió a la Fundación Liga Central contra la Epilepsia. La EPS demandada no tiene contrato con esta IPS, por lo que la madre de la menor indica que debe cancelar directamente el costo de las terapias, las cuales tienen un valor mensual de \$768.800.

Por otra parte, la EPS se niega a autorizar los exámenes que la menor requiere, bajo el argumento de que no se encuentran incluidos en el POS. En consecuencia, asegura que es su familia la que debe asumir su costo, el cual asciende aproximadamente a \$390.000.

La madre de la menor manifiesta que no tiene recursos para sufragar tales sumas, pues se encuentra sin trabajo y su tiempo debe dedicarlo al cuidado especial que requiere su hija discapacitada. Agrega que el padre de la menor, de quien es beneficiaria en el sistema de salud, sólo devenga un salario mínimo, así que tampoco puede hacerse cargo del costo de las terapias y los exámenes.

Mediante el ejercicio de la acción de tutela, la madre de la menor solicita se ordene a la EPS autorizar, por una parte, la práctica de las terapias que la menor requiere en la IPS Fundación Liga Central contra la Epilepsia, y, por otra, la práctica de los exámenes ordenados por sus médicos tratantes.

El Ministerio de la Protección Social fue vinculado al proceso como administrador del FOSYGA, e indicó que tanto las terapias que le fueron ordenadas a la menor como el examen de aminoácidos se encuentran incluidos en el POS, mientras el examen de valoración genética está excluido.

El amparo constitucional fue negado por el juez de instancia porque consideró, primero, que la EPS demandada nunca se había opuesto a autorizar las terapias que la menor necesita, y, segundo, que la tutela era improcedente para reclamar la autorización de los exámenes aludidos, pues la madre de la menor no había agotado el procedimiento previsto para el efecto ante el Comité Técnico Científico de Humanavivir EPS.

En este contexto, corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias fueron vulnerados por Humanavivir EPS, al negarse a autorizar (i) la práctica de las terapias que necesita en la IPS Fundación Liga Central contra la Epilepsia, entidad con la que no tiene contrato, (ii) los exámenes que le fueron ordenados por su médico tratante, y (iii) su valoración por un especialista en neuropediatría.

Para resolver esta cuestión, la Sala se ocupará, en primer lugar, de los eventos en los cuales las EPS están obligadas a autorizar la prestación de servicios a sus usuarios en IPS con las que no tienen ningún convenio; en segundo lugar, los casos en los que procede la inaplicación de las normas relativas a la cobertura del POS, con el objeto de autorizar por vía de tutela la prestación de servicios excluidos del mismo, en particular, cuando los accionantes manifiestan carecer de recursos para sufragarlos; y, por último, la importancia

del agotamiento del procedimiento de reclamación ante los comités técnico científicos de las EPS para efectos de poder reclamar ante los jueces de tutela, servicios excluidos del POS.

1. Prestación de servicios de salud en IPS con los que las EPS no tienen convenio

De acuerdo con el artículo 1° de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, las EPS son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS por intermedio de las IPS con las que cada una establezca convenios para el efecto. Excepcionalmente, los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, en casos como la atención de urgencias (artículo 10 ibídem), cuando reciban autorización expresa por parte de la EPS para la recibir un servicio específico, o cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS (artículo 14 ibídem).

Así, por ejemplo, en la sentencia T-238 de 20032, al abordar el caso de un tutelante que padecía una enfermedad coronaria y que, por tal motivo, requería una cirugía de angioplastia con implantación de Stent cuya práctica fue autorizada por la EPS demandada en una IPS distinta a aquella donde venía siendo tratado, toda vez que con esta última no tenía convenio para la realización de este tipo de intervenciones, la Corte declaró que no había habido ninguna violación de los derechos del tutelante, por las razones antes expuestas.

Posteriormente, en la sentencia T-719 de 20053, la Corte hizo la misma declaración al estudiar el caso de una peticionaria menor de edad que padecía parálisis general (agria-paquigiria), reflujo gastroesofágico severo, trastorno de migración neuronal, epilepsia, cuadriplejía espástica, neumonía recurrente, incapacidad motora de origen central, incontinencia de esfínteres y trastorno de la deglución, y que, por tal razón, requería tratamiento integral por rehabilitación, neuropediatría, neumología, nutrición y pediatría. En este caso estos tratamientos se le venían suministrando por la EPS en una IPS en la que la madre afirmaba no se le brindaba un servicio de calidad, motivo por el cual solicitaba que las terapias se practicaran en otra institución. La Corte entonces encontró que la sola afirmación de la madre no era suficiente para desvirtuar la calidad del servicio que se le venía

proporcionando a la menor, de manera que no se podía obligar a la EPS a celebrar un convenio con otra IPS para brindar atención a la misma.

Ahora bien, los artículos 13, 156 y 159 de la Ley 100 de 1993 introducen el derecho de libre escogencia de IPS por parte de los usuarios del sistema de salud. No obstante, este derecho, como fue señalado en la sentencia T-247 de 20054, debe entenderse puede ejercerse dentro de las opciones ofrecidas por la respectiva EPS.

En conclusión, las EPS tienen la libertad de elegir las IPS por intermedio de las cuales prestarán los servicios del POS a sus afiliados, siempre que éstas garanticen un servicio integral y de calidad. Así mismo, tienen la obligación de celebrar convenios con varias de estas instituciones con el fin de garantizar el ejercicio del derecho a la libre escogencia de IPS por parte de sus usuarios. Por su parte, este derecho sólo puede ejercerse dentro del marco de opciones que ofrezca la respectiva EPS, de manera que sus afiliados deben acogerse a las IPS que ésta les ofrezca y no podrán obligarla a prestar servicios por medio de instituciones distintas, salvo en los casos de urgencia y los demás casos excepcionales previstos en la Resolución 5261 de 1994 del CNSSS.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar la práctica de exámenes médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS.

De acuerdo con el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, las limitaciones y exclusiones del plan obligatorio de salud son (i) todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tienen por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; (ii) aquellos que son considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y (iii) aquellos que no son expresamente definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con los dos numerales anteriores. En estos eventos, las EPS no están obligadas a financiar el costo de los servicios que sus usuarios requieran, pues su obligación se circunscribe a garantizar los servicios del POS.

En consecuencia, cuando el juez de tutela constata que un tratamiento, examen o medicamento, de conformidad con las anteriores reglas, está excluido del POS, en principio

no puede conceder el amparo constitucional. No obstante, esta Corporación ha señalado que la tutela procede de manera excepcional para reclamar la prestación tales prestaciones con cargo a los recursos del FOSYGA, cuando se advierta una grave vulneración del derecho a la salud de los accionantes que puede comprometer no sólo su existencia biológica sino también su dignidad.

En tales hipótesis, siempre que se reúnan los requisitos que a continuación se enuncian y que en varias sentencias ha señalado esta Corte, el juez deberá ordenar el suministro de los servicios demandados de manera inmediata, inaplicando la normativa vigente sobre la cobertura del POS. Estos requisitos son:

“(…) En estos casos será necesario que la persona que interpone la tutela demuestre (1) que la prueba de diagnóstico, el medicamento o el tratamiento médico es necesario para conjurar la violación grave de un derecho fundamental como la vida o la integridad física de quien lo requiere; (2) que el examen diagnóstico, medicamento o tratamiento fue solicitado por el médico adscrito a la empresa de salud a la cual se encuentra afiliada la persona que lo requiere; (3) que el tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el programa de salud; (4) que la persona interesada no puede financiar, ni parcial ni integralmente, el costo del tratamiento, el medicamento o la prueba de diagnóstico, ni puede lograr la prestación del servicio o el suministro del medicamento mediante otro plan de salud.”⁵⁶

En relación con la acreditación del último requisito, esta Corporación ha indicado que los afiliados al régimen contributivo de salud deben probar su incapacidad económica para sufragar el costo del servicio demandado, al menos de manera sumaria. Incluso, ha llegado a admitir, dando aplicación al principio de la buena fe, que tal prueba sumaria puede provenir de la sola declaración del demandante cuando la entidad demandada – normalmente la EPS – no la discute ni desvirtúa. Así, por ejemplo, en la sentencia T-906 de 2002, la Corte manifestó⁷:

“(…) la incapacidad económica de una persona no se demuestra exclusivamente con el balance certificado por un contador, o con la declaración de renta, o con el certificado de ingresos, pues ese hecho se puede acreditar con testimonios o con otro tipo de documentación distinta a la mencionada e, inclusive, con la sola manifestación del actor

cuando no ha sido controvertida por la contraparte”.

No sobra recordar que el juez constitucional también tiene la obligación de activar sus poderes inquisitivos en materia probatoria con el objeto de determinar la situación económica de los tutelantes en casos como el que ahora se estudia.⁸

En resumen, las reglas probatorias en la materia pueden sintetizarse así:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.”⁹

En este orden de ideas, cuando una persona afiliada al régimen contributivo de salud requiera la prestación de un servicio excluido del POS y el juez constitucional que conozca del asunto advierta que el no suministro del mismo lesiona sus derechos fundamentales a una vida digna y a la salud, éste deberá ordenar la realización inmediata del tratamiento, procedimiento o intervención que se demande con cargo a los recursos del FOSYGA, siempre que estén acreditados los requisitos antes expuestos.

1. Funciones de los comités técnico-científicos de las EPS en relación con la autorización de prestaciones no previstas en el POS

Según los artículos 1° y 2° de la Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos dentro de la Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones”, los comités técnico científicos son instancias administrativas de las EPS, conformadas por un representante de la EPS, un representante de la IPS y, un representante de los usuarios, de quienes al menos uno de ellos debe ser médico, y cuya función es “(...) atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud”. Entre estas reclamaciones se encuentra la prescripción de medicamentos esenciales no previstos en el listado de medicamentos aprobado por el CNSSS y que hacen parte de la cobertura del POS (parágrafo ibídem).

Se trata entonces de un órgano administrativo de las EPS y no de carácter técnico, encargado de “(...) asegurar que los actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud”.¹⁰

Así, cuando un médico tratante de una EPS formula a uno de sus pacientes un medicamento no previsto en el POS, de conformidad con el artículo 8° del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, la EPS podrá autorizarlo previa aprobación por su comité técnico-científico.

Con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición – puesto que no todos sus miembros son médicos – y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que (i) que su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.¹¹

De lo anterior se infiere que los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los

comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional.

Sobra aclarar que estos comités sólo emiten conceptos en relación con la provisión de medicamentos no incluidos en el POS, y no sobre otros servicios también excluidos.

1. Caso concreto

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala concederá la tutela en lo relativo a la práctica de los exámenes que la menor requiere, así como a la valoración neuropediátrica que la madre de la menor reclama, mas no en lo relacionado con la solicitud de remisión de ésta a la IPS Fundación Liga Central contra la Epilepsia para la práctica de las terapias de lenguaje, ocupacionales, físicas, psicológicas y de educación especial que le fueron ordenadas por su médico tratante, por las razones que a continuación se exponen:

En cuanto a la primera cuestión, la Sala encuentra que, de conformidad con la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, los exámenes genéticos que la accionante solicita se encuentra excluidos del POS, pero no así el examen de aminoácidos que le fue ordenado.

En efecto, como fue expresado por el Ministerio de la Protección Social, el examen de aminoácidos se encuentra previsto en el artículo 74 ibídem, el cual define las actividades y procedimientos de laboratorio clínico cubiertos por el POS. Por tanto, la Sala ordenará a la EPS accionada autorizar su práctica, si aún no lo ha hecho.

En este punto, la Sala considera necesario resaltar que, según el artículo 171 de la Ley 100 de 1993, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) - organismo responsable de la definición de los contenidos del POS (artículo 172 ibídem) - está adscrito al Ministerio de la Protección Social. De igual modo, el titular de este ministerio hace parte del referido consejo y el director de seguridad social del mismo ejerce su secretaría técnica. En este orden de ideas, el Ministerio de la Protección Social es intérprete autorizado del POS, de manera que el juez de instancia no debió desconocer su concepto sobre la inclusión del examen de aminoácidos en el POS.

Respecto de los demás exámenes, la Sala observa que en la presente oportunidad se reúnen

los requisitos señalados por la jurisprudencia de esta Corporación para la procedencia de la tutela para ordenar su autorización, toda vez que (i) de acuerdo con lo informado por el médico tratante de la menor, estos exámenes son necesarios para determinar la causa de su enfermedad, lo cual es indispensable para definir el tratamiento a seguir, (ii) los exámenes aludidos fueron ordenados por un médico tratante de Humanavivir EPS, (iii) la EPS demandada no informó si estos exámenes pueden ser sustituidos por otros que sean cubiertos por el POS, y (iv) existe prueba de que el núcleo familiar de la menor carece de recursos para sufragar el costo de los mismos - aproximadamente \$390.000 -.

Ciertamente, conforme a la orden médica expedida por el doctor Antonio Bermúdez, médico del Laboratorio Nacional de Referencia del Instituto Nacional de Salud, los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos son necesarios para “(...) definir etiología y posible tratamiento” que deberá seguir la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias.¹²

Cabe recordar, como esta Corporación ya lo ha manifestado, que el derecho a la salud también comprende el derecho al diagnóstico certero. Por esta razón, la Corte ha tutelado en varias oportunidades el derecho a la salud de usuarios del sistema que padecían VIH y requerían la práctica del examen de carga viral - antes de que éste fuera incluido en el POS -, o de menores de edad que padecían pubertad precoz y requerían la práctica de distintos exámenes excluidos del plan, en ambos casos para que sus médicos tratantes pudieran determinar el tratamiento a seguir.¹³

Adicionalmente, según consta en el expediente, por recomendación del doctor Bermúdez, los referidos exámenes fueron ordenados por el doctor Carlos Alberto Mora, médico especialista en pediatría y neurología infantil adscrito a Previmedica S.A., IPS por intermedio de la cual Humanavivir EPS viene prestando atención médica a la menor. ¹⁴

Por otra parte, la EPS demandada no informó si estos exámenes pueden ser sustituidos por otros cubiertos por el POS, de modo que la Sala concluye que ello no es así.

Finalmente, respecto de la prueba de la incapacidad económica del núcleo familiar de la menor, la Sala observa que la madre de la menor declaró (i) que se encuentra desempleada y sólo percibe \$180.000 por concepto del arriendo del primer piso de la casa donde reside, (ii) que el padre de la niña devenga un salario mínimo y sólo cancela una cuota de alimentos

de \$100.000, (iii) que su compañero permanente también recibe un salario mínimo con el que debe contribuir al sostenimiento de ella, su hija Luisa Fernanda Gutiérrez y otro menor de 7 años, y (iv) que los gastos del núcleo familiar superan sus ingresos mensuales, de manera que no está en capacidad de asumir el costo de los exámenes sin afectar gravemente su mínimo vital. Estas afirmaciones no fueron desvirtuadas por la EPS demandada, lo que lleva a la Sala a deducir que son ciertas, de conformidad con las reglas probatorias expuestas en apartados previos.

En suma, se encuentra probados los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación para conceder la tutela en el presente caso, por lo cual ordenará a la EPS demandada autorizar la práctica de los exámenes aludidos con cargo a los recursos del FOSYGA.

En lo relativo a la solicitud de valoración de la menor por un médico neuropediatra, la Sala advierte que éste es un servicio incluido en el POS, de modo que ordenará a la EPS accionada autorizar la consulta en el término que en la parte resolutive de este fallo se indicará, si aún no lo ha hecho.

Respecto de la solicitud de remisión de la menor a la IPS Fundación Liga Central contra la Epilepsia, la Sala por el contrario estima que es improcedente, dado que no existe prueba de que en la IPS Previmedica la menor esté recibiendo un mal servicio. Al respecto, reitera la Sala que la afirmación de la madre de Luisa Fernanda Gutiérrez en este sentido no es suficiente para desacreditar la idoneidad de la referida IPS. Además, tampoco existe orden del médico tratante de la menor que indique que ésta debe ser atendida en una IPS diferente.

En consecuencia, la menor deberá seguir asistiendo al centro Previmedica para recibir las terapias que le han sido ordenadas, IPS con la que la Humanavivir tiene convenio para la prestación de este tipo de servicios.

Por último, la Sala encuentra necesario precisar que cuando los afiliados al régimen contributivo de salud reclaman por vía de tutela servicios excluidos del POS, los jueces de instancia no pueden exigirles haber acudido previamente a los comités técnico científicos de sus respectivas EPS, por las razones expuestas en apartes previos. Adicionalmente, en el presente caso esta exigencia no era posible, puesto que tales comités sólo emiten conceptos relacionados con la provisión de medicamentos excluidos del POS y no respecto de

solicitudes de autorización de exámenes también excluidos.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: Revocar parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, el 16 de junio de 2005, en cuanto negó la solicitud de ordenar a Humanavivir EPS la práctica de los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos que la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias requiere, así como su remisión a valoración por un médico neuropediatra. Por otra parte, confirmar la sentencia en cuanto ordenó que las terapias de lenguaje, ocupacionales, físicas, psicológicas y de educación especial que fueron ordenadas a la menor por su médico tratante, sigan siendo practicadas en la IPS Previmedica o en la que Humanavivir EPS designe para el efecto.

SEGUNDO: Conceder la tutela al derecho fundamental a la salud de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias y ordenar a Humanavivir EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice la práctica de los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos a la misma.

TERCERO: Ordenar a Humanavivir EPS que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de esta decisión, remita a la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias a valoración por un médico neuropediatra, si aún no lo ha hecho.

CUARTO: Autorizar a Humanavivir EPS repetir contra el FOSYGA por el costo de la práctica de los exámenes valoración genética, ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos, en tanto no se encuentran incluidos en el POS.

QUINTO: Para los efectos de lo dispuesto por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, los

juzgados de origen harán las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver al respecto la sentencia T-238 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

2 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta sentencia la Corte examinó el caso de un accionante que padecía insuficiencia renal crónica y que, por tal motivo, requería la práctica de diálisis. El tratamiento se le venía suministrando en una determinada IPS; sin embargo, de manera repentina, fue informado que sería remitido a otra entidad. Alegaba entonces que para garantizar continuidad en el tratamiento y debido al mal servicio que en la segunda IPS se le prestaba, debía ser devuelto a la institución inicial. Por su parte, la EPS argumentaba que esto no era posible porque no había renovado el convenio con dicha IPS. La Corte encontró que no había prueba de la terminación del contrato con la IPS a la que el tutelante

solicitaba su traslado, y que, en consecuencia, éste podía ejercer su derecho a la libre escogencia de IPS y solicitar su remisión a aquella.

5 Ver entre otras las siguientes sentencias T-007/05; T-452/01; T-214/00; T-370/98. T-058/04, T-178/02, y T-1204/00.

6 Cfr. Sentencia T-314 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

7 Ver también las sentencias T-113 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, y T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

8 Ver al respecto las sentencias T-452 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda, T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda y T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

9 Cfr. Sentencia T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

10 Cfr. Sentencia T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

11 Ver sobre esta cuestión las sentencias T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda, y T-053 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

12 Ver fol. 6 C. 1.

13 Ver al respecto las sentencias T-849 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-218 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

14 Ver fol. 7 C. 1.