

Sentencia T-1071/08

DERECHO A LA SALUD-Orden para hacer un TAC

INCAPACIDAD ECONOMICA-Reglas probatorias

En materia de incapacidad económica esta Corporación ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, ya que puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción legal de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política.

Referencia: expediente T-1'962.749

Accionante: Alvaro Enrique Herrera como agente oficioso de la señora Clara María Pérez Pacheco

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008).

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

SENTENCIA

en el trámite de revisión de la sentencia del Juzgado Décimo Penal Municipal de Barranquilla de 16 de enero de 2008, en el proceso de tutela promovido por el señor Alvaro Enrique Herrera como agente oficioso de su esposa Clara María Pérez Herrera contra la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó E.S.S.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos:

El señor Alvaro Enrique Herrera, actuando como agente oficioso de su esposa Clara María Pérez Pacheco, interpuso acción de tutela contra la Asociación Mutual de Barrios Unidos de

Quibdó por considerar vulnerados los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida, en razón a que la demandada no autorizó un TAC de mediastino con contraste.

Para fundamentar su solicitud de amparo, el accionante puso de presente los siguientes hechos:

* La señora Clara María Pérez Pacheco se encuentra afiliada a la entidad demandada desde hace 4 años.

* Agregó que su esposa está siendo tratada de una enfermedad denominada miastenia grave desde hace 14 meses.

* Los especialistas adscritos a esa entidad le ordenaron un TAC de mediastino con contraste, debido a que el estado de salud de la señora Pérez se ha agravado de tal forma, que está afectando su sistema nervioso y perdiendo su movilidad.

* Afirma el accionante que el TAC recomendado es necesario para determinar la solución inmediata para contrarrestar la enfermedad que padece la señora Pérez.

* El señor Alvaro Enrique Herrera solicitó el procedimiento ordenado a su esposa a la Asociación Mutual de Barrios Unidos, entidad que le negó el tratamiento con el argumento de que se encontraba fuera del POS . Por tal razón, le manifestaron que tenía que asumir el costo del tratamiento.

* Por lo anterior, considera el accionante que se están vulnerando los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a una vida digna de su esposa. Solicita se le protejan tales derechos, ordenando a la Asociación Mutual de Barrios Unidos EPS-S, que autorice el

TAC de mediastino con contraste que fue ordenado por el médico tratante.

2. Contestación de la Entidad demandada

El 10 de mayo de 2008, la Asociación Mutual de Barrios Unidos de Quibdó EPS-S informó al Juzgado de instancia lo siguiente:

“En cuanto al primer hecho, es cierto lo manifestado por la accionante, ya verificada nuestra base de datos observamos que se encuentra afiliada a nuestra entidad.

“Al segundo hecho, no hay constancia en la historia clínica de la accionada que demuestre que padece de MIASTEMIA (sic) GRAVIS, ya que no ha sido diagnosticado por un médico tratante perteneciente a nuestra red médica y por el contrario tal valoración la realizó la accionante a través de médico particular, tal como consta en las pruebas aportadas por la accionante en su memorial tutela (sic).

“(…)

“Al cuarto hecho, es cierto que el accionante se acercó a nuestra entidad a la realización del examen TOMOGRAFIA DE MEDIASTINO CON CONTRASTE, la EPS-S realizó la negación del servicio (autorización del estudio) puesto que la patología de la paciente no se encuentra consagrada en el acuerdo 306 2005 que rige el POS-S, motivo por el cual se le entrego una orden de subsidio a la oferta para que este estudio sea pagado con los recursos que para tal fin se le han asignado a los entes territoriales.

“Nuestra entidad, acogiendo los preceptos (sic) de la normativa vigente y en el caso concreto de la patología que presenta la accionante, la remitió mediante orden de servicios de subsidio a la oferta dirigida a la Secretaria de Salud Distrital de Barranquilla, ente territorial este encargado de cubrir el tratamiento de este tipo de patología.”

El 16 de enero de 2008, la Secretaría de Salud Pública Distrital de Barranquilla que fue vinculada al proceso por el Juez Único de instancia, mediante escrito dirigido al Juzgado con el fin de dar claridad y establecer responsabilidades, señaló:

“Queremos manifestarle señor Juez, que verificado la base de datos única de afiliados al Sistema de Seguridad Social del Ministerio de la protección Social, Fondo de Solidaridad y

Garantía en Salud-FOSYGA y la base de datos de la Secretaria de Salud Pública Distrital de Barranquilla la señora CLARA PEREZ PACHECO, (sic) encuentro afiliado a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUBSIDIADA ASOCIACION MUTUAL BARRIOS UNIDOS EPS-S, en calidad de beneficiario del SISBEN con la ficha N° 91711 en Salud de las Personas adscritas al Régimen Subsidiado en Salud, es por lo que consideramos que la Alcaldía Distrital y su Secretaria de Salud Pública Distrital, no tienen ninguna responsabilidad en este caso, pues la presunta trasgresión de los derechos fundamentales (...) (sic)

En este orden de ideas la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUBSIDIADA ASOCIACION MUTUAL BARRIOS UNIDOS EPS-S, debe cubrir la erogación por la prestación de los Servicios de Salud y tratamiento la señora CLARA PEREZ PACHECO, además que continúe la atención medica necesaria y AUTORICE TODO LO RELACIONADO CON LA PATOLOGIA -(autorizar el TAC DE MEDIASTINO CON CONTRASTE, el suministro de medicamentos procedimientos quirúrgicos y demás), que requiere el accionante ordenado por su medico tratante, puesto que su obligación como asegurado del afiliado es la de garantizar las contingencias en Salud que se presenten de conformidad a las obligaciones contractuales adquiridas.

“(...)

“Ante esta situación comprendemos que la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUBSIDIADA ASOCIACION MUTUAL DE BARRIOS UNIDOS EPS-S, a la cual esta afiliado el accionante, como aseguradora que es, de ninguna forma puede privarle del servicio requerido al paciente, teniendo en cuenta que su negación atenta directamente contra la calidad de vida del asegurado, debido a que se trata de un procedimiento prioritario para el tratamiento del paciente que además es prescrito por su médico tratante.-“

3. Pruebas

* Copia de la Cédula de Ciudadanía del señor Alvaro Enrique Herrera Consuegra, número 72.156.960 de Río de Oro.

* Copias de la Cédula de Ciudadanía de la señora Clara María Pérez Pacheco y del Carné de

Afiliación a la Asociación Mutual de Barrios Unidos de Quibdó, número 0860100315752.

* Copia del formato de la Asociación Mutual de Barrios Unidos de Quibdó donde se le niega el tratamiento a la señora Clara María Pérez Pacheco, fechado 8 de noviembre de 2007.

* Orden médica a nombre de la señora Clara María Pérez fechada 8 de noviembre de 2007, que a la letra dice. "TAC de Mediastino con contraste (...)".

* Copia de la fórmula médica de 13 de diciembre de 2007 a nombre de la señora Clara María Pérez, en donde se le recetó "Epiridostipurine 60 mm # 60 (mestinón)".

* Copia de la fórmula médica de 13 de diciembre de 2007, a nombre de la señora Clara María Pérez en donde se le ordenó "TAC de Mediastino contrastada Paciente con Miastenia Gravis (...)".

* Copia de la orden médica del Hospital Nazareth E.S.S. fechada 20 de octubre de 2007 (no es legible).

4. Sentencia objeto de revisión

Mediante sentencia del 16 de mayo del 2008, el Juzgado Décimo Penal Municipal de Barranquilla resolvió negar el amparo constitucional solicitado.

Manifestó el Despacho, que dentro de la historia clínica no había constancia de que la señora Clara María Pérez padeciera de "Miastemia Gravis", debido a que no había sido diagnosticada por un médico que se encontrara adscrito a la red. Por lo anterior, al no haberse encontrado acreditado el cumplimiento de uno de los presupuestos que la jurisprudencia ha señalado

para estos casos, no procede la protección por vía de tutela.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

B. Fundamentos jurídicos

1. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la vida digna de la señora Clara María Pérez Pacheco han sido vulnerados por la entidad demandada, o por la Secretaría de Salud Pública Distrital de Barranquilla al no autorizar el TAC de Mediastino con contraste por encontrarse fuera del POS-S.

Para tal efecto se estudiarán los siguientes temas: i) Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud, y ii) Autorización de tratamientos fuera del POS.

2. Legitimación por activa en la acción de tutela. Agencia oficiosa. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha señalado que pese al carácter informal de la acción de tutela, las personas que interpongan esta acción deben encontrarse debidamente acreditadas, lo cual significa que deben demostrar la titularidad del derecho reclamado o la autorización debida para representar a su titular.

El artículo 86 de la Constitución Política, dispone lo siguiente:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”¹ (subrayas fuera de texto)

Ahora bien, tanto las normas pertinentes como la jurisprudencia constitucional consideran

válidas tres vías procesales adicionales para la interposición de la acción de tutela, cuando la misma no se presenta por el titular del derecho:

- i. A través del representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados (menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas);
- ii. Por intermedio de apoderado judicial (abogado titulado con poder o mandato expreso); y,
- iii. Por medio de agente oficioso.²

La Corte Constitucional en su jurisprudencia³ ha señalado que el agente oficioso adquiere legitimidad para interponer la tutela como consecuencia de la imposibilidad del titular de los derechos fundamentales de promover su propia defensa. Al respecto dijo:

“Es decir, a fin de garantizar la protección y eficacia de los derechos fundamentales del agenciado, la ley y la jurisprudencia admiten la interposición de la acción de tutela a través de un tercero indeterminado⁴ que actúe a su favor, sin la mediación de poderes.”

En ese sentido, esta Corte ha manifestado que la presentación de la solicitud de amparo a través de agente oficioso tiene lugar en los siguientes casos:

- i. “El agente oficioso manifiesta actuar en tal sentido; y,
- ii. De los hechos y circunstancias que fundamentan la acción, se infiere que el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden su interposición directa.”⁵

Efectivamente, quien actúa como agente oficioso debe manifestar en la acción de tutela los motivos por los cuales el interesado de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados se encuentra imposibilitado para hacerlo por sí mismo. Adicionalmente, señaló esta Corporación que es el juez constitucional en cada caso específico quien valora las circunstancias del ejercicio legítimo de la agencia oficiosa.⁶ Asimismo, afirmó que no es

aceptable que el titular de los derechos no asista personalmente a solicitar la protección de éstos, cuando no se encuentra impedido ni física ni mentalmente, ni en situación de indefensión, a sabiendas que sobre él recae el interés de hacer valer sus derechos fundamentales.⁷

Por lo anterior, en el presente caso se cumplen los requisitos determinados por la jurisprudencia, toda vez que el señor Álvaro Enrique Herrera manifestó que actuaba como agente oficioso de la señora Clara María Pérez Pacheco debido a que padece de “Miastenia Grave” y tiene afectado su sistema nervioso y movilidad física.

3. Protección mediante la acción de tutela. Tratamiento integral. Tratamientos fuera del POS.

La Constitución Política en su artículo 49 estableció que la atención en salud, que es un derecho constitucional, también es un servicio público a cargo de Estado, por lo que éste se encuentra comprometido a asegurar su efectiva prestación en términos de promoción, protección y recuperación, conforme lo ordenan los principios superiores de universalidad, eficiencia y solidaridad.

En reciente oportunidad, la Sentencia T-760 de 20088 hizo un estudio sistemático sobre el alcance en general del derecho a la salud que ha sido protegido por esta Corporación desde sus primeras sentencias, de varias maneras, a saber:

“La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad;

la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; y,

la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las

extensiones necesarias para proteger una vida digna. (...).”

Asimismo, la Sentencia citada recordó que la jurisprudencia de esta Corporación ha delimitado el derecho fundamental a la salud, en tres oportunidades, así:

“En un primer momento, la Corte delimitó el concepto de forma negativa, indicando cómo no debe ser entendido. Posteriormente, aportó un elemento definitorio de carácter positivo. Sin embargo, se reitera, esta caracterización mínima del concepto de derecho fundamental no pretende definir la cuestión en términos generales. Estos elementos se retoman, en cuanto han permitido caracterizar el derecho a la salud como fundamental.

(...)

“En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal.”

No obstante, la Sentencia precisó que en la actualidad se reconoce que: “(...) el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.”⁹ Además, que este derecho es tutelable en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional como lo son: los menores de edad, las madres y padres cabeza de familia, la mujer embarazada y las personas de la tercera edad.¹⁰

La Corte ha reiterado que no solo se protege el derecho a la vida sino también el derecho a la calidad de vida que corresponde a la dignidad de todo ser humano.

La Sentencia T- 134411 de 2001, dijo:

“El ser humano, ha dicho la jurisprudencia, necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías en la salud, aún cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles, poniendo en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente tiene derecho, a abrigar

esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias, pueda llevarse con dignidad.¹²

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través del POS establece los servicios de salud que deben prestar las Empresas Promotoras de Salud a las personas que estén afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud por el Régimen Contributivo. Sin embargo, el Plan Obligatorio de Salud consagra la existencia de exclusiones y limitaciones, que en general serán todas “aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”.

Ahora bien, ha reiterado esta corporación que el amparo constitucional para el suministro de medicamentos, tratamientos u operaciones que se encuentren fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), debe reunir y cumplir los siguientes presupuestos¹⁵:

“1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o reglamentaria, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado¹⁶, 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. 2ª. 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. 3ª. 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, medicina prepagada, etc.). 4ª. 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.”

De acuerdo al cumplimiento de los presupuestos enunciados, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, ha inaplicado aquellas disposiciones

que, o bien restringen la entrega de medicamentos, o bien impiden la aplicación de ciertos tratamientos médico-quirúrgicos.

4. Carga probatoria de la incapacidad económica.

La Corte Constitucional ha manifestado en diversas oportunidades que si el accionante persiste en la afirmación de falta de recursos económicos (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo, en ese caso, a la entidad demandada demostrar lo contrario.

De otra parte, en materia de incapacidad económica esta Corporación ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, ya que puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción legal de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política.

Las reglas probatorias en materia de incapacidad económica son las siguientes:

“(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” 17.

Asimismo, esta Corporación ha establecido una presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población. En este sentido, en Sentencia T-908 de 200418, se afirmó:

“Cuando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación.”¹⁹

Se concluye entonces, que cuando la persona afirma no tener recursos económicos, la carga de la prueba se invierte, por tanto, es la E.P.S-S la que debe demostrar dicha incapacidad.²⁰

III. CASO CONCRETO

El señor Alvaro Enrique Herrera Consuegra actuando como agente oficioso de la señora Clara María Pérez Pacheco, señala que su esposa está siendo tratada desde hace más de un año de “Miastenia Grave”, motivo por el cual, solicita se le autorice el TAC de mediastino con contraste.

La Asociación Mutual de Barrios Unidos de Quibdó niega el procedimiento, primero, porque no fue ordenado por un médico adscrito a esa red de salud, y segundo, porque se encuentra fuera del POS.

El Juzgado de instancia vinculó a la Secretaría de Salud Distrital de Barranquilla, quien afirmó que es a la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó la encargada de brindarle todos los servicios en salud que la señora Pérez Pacheco requiere, al respecto dijo:

“...la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUBSIDIDADA ASOCIACION MUTUAL BARRIOS UNIDOS EPS-S, debe cubrir la erogación por la prestación de los Servicios de Salud y tratamiento la señora CLARA PEREZ PACHECO, además que continúe la atención medica necesaria y AUTORICE TODO LO RELACIONADO CON LA PATOLOGIA -(autorizar el TAC DE MEDIASTINO CON CONTRASTE, el suministro de medicamentos procedimientos quirúrgicos y demás), que

requiere el accionante ordenado por su medico tratante, puesto que su obligación como asegurado del afiliado es la de garantizar las contingencias en Salud que se presenten de conformidad a las obligaciones contractuales adquiridas.

(...)

Ante esta situación comprendemos que la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUBSIDIADA ASOCIACION MUTUAL DE BARRIOS UNIDOS EPS-S, a la cual esta afiliado el accionante, como aseguradora que es, de ninguna forma puede privarle del servicio requerido al paciente, teniendo en cuenta que su negación atenta directamente contra la calidad de vida del asegurado, debido a que se trata de un procedimiento prioritario para el tratamiento del paciente que además es prescrito por su médico tratante.-“

i) Que “la falta del medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico vulnere o amenace los derechos a la vida o a la integridad física de quien lo requiere”;

El accionante manifestó en el escrito de tutela, que la salud de su esposa se ha estado agravando, “más y más atacando por completo el sistema nervioso y el procedimiento TAC DE MEDIASTINO CON CONTRASTE es lo único que puede establecer o atacar la enfermedad de MIASTEMIA (sic) GRAVE”.

De otra parte, la Secretaria de Salud Distrital de Barranquilla respecto a la urgencia del tratamiento ordenado a la señora Clara María Pérez, manifestó:

“... la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUBSIDIADA ASOCIACION MUTUAL DE BARRIOS UNIDOS EPS-S, a la cual esta afiliado el accionante, como aseguradora que es, de ninguna forma puede privarle del servicio requerido al paciente, teniendo en cuenta que su negación atenta directamente contra la calidad de vida del asegurado, debido a que se trata de un procedimiento prioritario para el tratamiento...”

Luego, se cumple el primer requisito para inaplicar normas que excluyen del POS-S el tratamiento recomendado a la señora Pérez Pacheco, es decir, el TAC de Mediastino con contraste.

ii) Que, “ese tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS”;

Respecto de este requisito, tanto la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó como la Secretaría de Salud Distrital de Barranquilla, señalaron que el examen era necesario y no determinaron que pudiera sustituirse con otro que estuviera incluido en el Plan Obligatorio de Salud que reuniera las características necesarias para reemplazar el ordenado a la señora Pérez, circunstancia que lleva a dar certeza jurídica sobre la necesidad del procedimiento ordenado por los especialistas.

iii) Que “el tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento”;

La Sala encuentra probado este requisito por las siguientes razones: la Secretaria de Salud Distrital manifestó en el escrito dirigido al juzgado de instancia, que el tratamiento fue ordenado por el médico tratante. A continuación se transcribe la parte pertinente: “... debido a que se trata de un procedimiento prioritario para el tratamiento del paciente que además es prescrito por su médico tratante.”

La Corte otorga plena credibilidad a la afirmación de que la orden fue emitida por un médico adscrito a la EPS. En efecto, si bien esto no se puede predicar con certeza de las fórmulas que obran a folios 9 y 13, la afirmación de la Secretaria de Salud Distrital de Barranquilla permite concluir que el TAC de mediastino con contraste sí fue ordenado por el médico tratante.

iv) Que “el interesado no pueda costear directamente el tratamiento, el medicamento o la prueba de diagnóstico, ni pueda acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni pueda pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la E.P.S.”.

Respecto a este último requisito se debe tomar en consideración la declaración realizada por el señor Alvaro Enrique Herrera en el escrito de tutela, en lo que hace referencia a la situación económica de su hogar. A la letra dijo: “... El procedimiento ordenado tiene un alto costo y no hay recursos económicos para que la familia y su esposo puedan cubrir económicamente el valor de la misma ya que somos personas de escasos recursos y pertenecemos al nivel 1 en el régimen subsidiado.”

Afirmación respecto de la cual cabe recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional

ha establecido que en casos como el presente, cuando el accionante afirma que carece de los recursos económicos requeridos para asumir el costo del tratamiento que solicita, se presenta lo que jurídicamente se denomina una negación indefinida, exenta de prueba²¹. Además, debe tenerse en cuenta que la afirmación no fue desvirtuada²² por las entidades demandadas, las cuales tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados o beneficiarios, que les otorga aptitud plena para controvertir fundadamente las aseveraciones referentes a la incapacidad económica de éstos, de manera que su pasividad e inactividad frente a ellas conlleva a que judicialmente sean tenidas como prueba suficiente.²³

Además, según se dijo anteriormente, la incapacidad económica de las personas clasificadas en el Nivel 1 o 2 del Sisben se presume.

Por lo anterior, esta Sala revocará la sentencia dictada por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Barranquilla el 16 de enero de 2008, dentro del trámite de la acción de tutela iniciada por el señor Alvaro Enrique Herrera como agente oficioso de la señora Clara María Pérez Pacheco, y en su lugar, concederá el amparo solicitado.

Es por esto que las órdenes en concreto serán:

* La entidad de salud que actualmente está atendiendo a la señora Clara María Pérez es la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó E.S.S., por tanto, es quien debe realizar el TAC de mediastino con contraste.

* Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente Providencia, la Asociación Mutual Barrios Unidos E.S.S. de Quibdó, debe adelantarse los trámites necesarios para que se le autorice a la señora Clara María Pérez Pacheco el TAC de mediastino con contraste y se le brinde todo el tratamiento integral que necesite de acuerdo al diagnóstico y la orden del médico tratante.

La asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S tiene derecho a repetir contra la Secretaria de Salud Distrital de Barranquilla para recuperar el valor de los gastos en los que

incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

La Corte debe aplicar directamente la preceptiva constitucional e inaplicar en el presente caso las normas que se encuentran contenidas en el artículo 10 del Decreto 806 de 1998 “exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud”, la Resolución 5261 de 1994 “Manual de Actividades, Intervenciones y procedimientos”, y el Acuerdo 228 de 2002 CNSSS.

IV. 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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo de instancia proferido por el Juzgado Décimo Penal Municipal de 16 de enero de 2008, mediante el cual se negó la tutela presentada por el señor Alvaro Enrique Herrera como agente oficioso de la señora Clara María Pérez Pacheco. En su lugar, CONCEDER el amparo demandado para proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora Pérez Pacheco.

TERCERO. La asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó EPS-S, tiene derecho a repetir contra la Secretaría de Salud Distrital de Barranquilla para recuperar el valor de los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver entre otras Sentencias la T-458 de 1992. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y la T-023 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

2 Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-947 de 2006, T-798 de 2006, T-552 de 2006, T-492 de 2006, y T-531 de 2002.

3 Acorde con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

4 Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que el ejercicio de la agencia oficiosa, no implica la existencia de un vínculo formal, de filiación o parentesco entre el agenciado y su agente. En la sentencia T-542 de 2006, la Corte afirmó: “En efecto, es del caso destacar que el parentesco no constituye per sé un fundamento suficiente para justificar la agencia de derechos ajenos. De manera específica, en casos en los que una madre pretende representar a su hijo mayor de edad sin sustentar claramente el impedimento de éste para interponer la tutela, la Corte ha negado la protección de los derechos invocados.” En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-041 de 1996.

5 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-623 de 2005, T-693 de 2004, T-659 de 2004, T-294 de 2004, T-452 de 2001 y SU-706 de 1996.

6 Cfr. Sentencias T-573 de 2001 y T-452 de 2001 y T-301 de 2007.

7 Cfr. Sentencia T-200 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9 Ibídem.

10 Enre otras se pueden consultar las siguientes Sentencias, la T-527 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-935 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-441 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-073 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

11 M. P. Alvaro Tafur Galvis

12 Ver sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en T 099 de 1999 y T-722 de 2001.

13 T-395 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

14 T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

15 Véase por ejemplo la sentencia T-806 de septiembre 28 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

16 Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Sentencia T- 683 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En esta sentencia, la Corte estudió el caso de una afiliado al régimen contributivo, el cual afirmaba no tener la capacidad económica para asumir el costo de los medicamentos para el tratamiento de la parálisis que padecía.

19 En este mismo sentido, puede estudiarse la sentencia T-287 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta acción el accionante solicitó se tutelaran sus derechos a la salud, a la

vida y al derecho fundamental de petición, toda vez que desde el año 1995 se le realizó un estudio socioeconómico, que le permitió ingresar al sistema de salud en calidad de vinculado. Sin embargo, no le cubría ningún medicamento y se encontraba en la imposibilidad económica de adquirirlos. Así mismo, en dicha decisión se afirmó que frente a los afiliados del régimen subsidiado su falta de capacidad de pago se presume, partiendo de la base de que pertenecer a los sectores más pobres de la sociedad.

20 Cfr. T-970 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 De conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

22 Sentencia T - 819 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 Ver, entre otras, las sentencias T-861 de 2002 y T-260 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.