

Sentencia T-678/14

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

La Corte Constitucional ha reiterado que para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, es necesario que (i) el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que demuestre que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Hija en representación de madre enferma

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Improcedencia cuando se trata de proteger derecho a la vida, a la salud y a la vida digna y evitar perjuicio irremediable

Cuando se evidencian circunstancias en las cuales está en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, y se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión, esta Sala ha sostenido que resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, pues la demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría degenerar en el desamparo de los derechos o la irreparabilidad in natura de las consecuencias.

TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitarlo mediante acción de tutela

(i) [que] la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la

integridad personal de quien lo requiere; (ii) [que] el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) [que] el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) [que] el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales sobre la prueba

Sobre la falta de recursos económicos del afiliado y su familia, esta Corte ha indicado que pueden emplearse todos los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, siempre que su aplicación sea compatible con la naturaleza informal y sumaria del recurso de amparo. En tal sentido, frente a la incapacidad económica para asumir ciertas prestaciones médicas, se “ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación procesal civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá demostrar lo contrario”.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS DE PERSONA DE ADULTO MAYOR-Orden a EPS suministrar a la accionante un multivitamínico genérico que contenga los componentes esenciales del recomendado por el médico tratante

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS DE ADULTO MAYOR-Orden a EPS realizar valoración por especialista en optometría bien sea de la EPS o de alguna de las IPS con que tenga convenio

Referencia: expediente T-4.341.027.

Acción de tutela instaurada por Leonidas Figueroa García en calidad de agente oficioso de la señora Omaira García de Figueroa, contra la Nueva EPS S.A.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, el 27 de noviembre de 2013, respecto de la acción de tutela presentada por Leonidas Figueroa García como agente oficioso de la señora Omaira García de Figueroa, contra la Nueva EPS S.A.

I. ANTECEDENTES

El 13 de noviembre de 2013, el señor Leonidas Figueroa García instauró acción de tutela, actuando como agente oficio de su señora madre Omaira García de Figueroa, contra la Nueva EPS S.A., aduciendo que la negativa de la entidad para proporcionar los insumos y servicios no POS requeridos por su representada, vulnera sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de las personas de la tercera edad.

1.1. Hechos relevantes

a) La señora Omaira García de Figueroa asistió a consulta de oftalmología el 17 de agosto de 2012. Como resultado del mismo se le diagnosticó: i) “LA FOTO A COLOR DE OD: TURBIDEZ EN LOS MEDIOS, NOS MUESTRA UN DISCO ÓPTICO EXCAVADO EN 4 DÉCIMOS. EMERGENCIA VASCULAR CENTRAL. LOS VASOS RETINADOS SON NORMALES, EN EL POLO POSTERIOR SE OBSERVA GRANDES ZONAS DE ATROFIA RETINIANA. ii) ESTUDIO ANGIOGRÁFICO DE OD: LOS TIEMPOS CIRCULATORIOS SON NORMALES, MOSTRANDO DESDE LAS ETAPAS INICIALES DEL EXAMEN FENÓMENOS HIPERFLUORECENTES QUE IMPREGNAN EL MEDIO COMPROMETIENDO PARCIALMENTE LA ZONA VASCULAR DE LA MÁCULA. iii) LA FOTO A COLOR DE OI: NOS MUESTRA UN DISCO ÓPTICO EXCAVADO EN 4 DÉCIMOS. EMERGENCIA

VASCULAR CENTRAL. LOS VASOS RETINIANOS SON NORMALES, MOSTRANDO GRANDES ZONAS DE ATROFIA RETINIANA. iv) ESTUDIO ANGIOGRÁFICO DE OI: LOS TIEMPOS CIRCULATORIOS SON NORMALES MOSTRANDO DESDE LAS ETAPAS INICIALES DEL EXAMEN UNA HIPERFLUORESCENCIA QUE FILTRA TARDÍAMENTE.

(...)

SE RECOMIENDA REALIZAR O.C.T. DE MÁCULA OI". (Mayúsculas del texto original).

b) El 13 de octubre de 2012, la señora García de Figueroa acudió ante el oftalmólogo adscrito a la Nueva EPS, el cual diagnosticó: "OD: RETINA ADHERIDA, ATROFIA GEOGRÁFICA. OI: RETINA ADEHERIDA, CICATRIZ MACULAR POR MNVC". (Mayúsculas originales). En el mismo examen el médico tratante recomendó: VITALUX PLUS O FREXEN 1 TAB AL DIA (NO SUSPENDER). Valoración optometría, valoración por visión subnormal. (Mayúsculas del texto original).

c) El 13 de noviembre de 2012 el Comité Técnico Científico de la Nueva EPS negó la entrega de una barra magnificadora para baja visual, al considerar que dicho elemento se encontraba excluido del POS. En ese mismo documento se guarda silencio en lo que respecta a los otros procedimientos y medicamentos ordenados por el médico tratante.

d) Manifiesta el agente oficioso que la señora Omaira García de Figueroa tiene 83 años de edad y que la misma se encuentra afiliada a la Nueva EPS S.A. en el régimen contributivo; en la actualidad aporta al sistema de seguridad social en calidad de pensionada con un salario mínimo legal mensual.

e) Indica que los procedimientos y ayudas visuales negadas por la Nueva EPS son de alto costo y que ni el agente ni la agenciada tienen la capacidad económica para adquirirlos.

f) En esa medida considera que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de su señora madre, persona que merece especial protección constitucional por pertenecer a la población del adulto mayor.

1.2. Solicitud de tutela.

Considerando lo anterior, solicita al juez constitucional ordenar a la Nueva EPS el suministro de insumos no POS como (i) la barra magnificadora para baja visual, (ii) terapias y valoraciones por la visión sub normal que padece la agenciada, (iii) los medicamentos vitalux pluss o Frexen plus, (iv) el tratamiento integral para atender las patologías de visión que presenta su señora madre.

1.3. Contestación de la accionada

1.4. Respuesta de Salud Total EPS

El a quo vinculó oficiosamente a Salud Total EPS por ser esta la entidad a la cual se encuentra afiliado el señor Figueroa García, toda vez que éste hace parte del grupo familiar de la agenciada.

En consecuencia la EPS informó que el señor Leonidas Figueroa García se encuentra afiliado en calidad de cotizante. Manifiesta que su ingreso base de cotización es variable y que para el mes de octubre de 2013, sus ingresos reportados ascendieron a \$ 1.061.600.

1.5. Sentencia de única instancia

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira mediante sentencia del 27 de noviembre de 2013, decidió denegar el amparo solicitado al considerar que no se demostró con suficiencia que los ingresos percibidos por el núcleo familiar no fueran suficientes para adquirir el complemento vitamínico formulado a la señora García de Figueroa; concluyó en su lugar, que el hecho de que tanto el agenciado como el agente se encontraran en el régimen contributivo, hacía presumir su capacidad de pago.

Este fallo no fue impugnado.

II. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los Artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

El hijo de la accionante en calidad de agente oficioso interpuso la presente acción constitucional con el fin de que se autorice el tratamiento integral que requiere su señora madre.

En consideración a los antecedentes reseñados, corresponde a la Sala determinar: ¿Vulneró la Nueva EPS los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una paciente adulto mayor, que requiere de procedimientos especiales con el fin de mejorar su visión, al negar el suministro de insumos y servicios por cuanto los mismos se encuentran excluidos del POS?

Para resolver, la Corte abordará inicialmente asuntos de procedencia como (i) la legitimación por activa en casos de agencia oficiosa, (ii) el requisito de subsidiariedad respecto del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud; (iii) las reglas jurisprudenciales para autorizar insumos no POS; (iv) la prueba de la incapacidad económica de los usuarios del sistema frente a las EPS, para finalmente (v) resolver el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1. La figura de la agencia oficiosa en materia de tutela y la legitimación por activa en tales casos.

3.1.1. El artículo 86 de la Constitución Política, contempla la figura de agencia oficiosa. En ella se determina que cualquier persona, puede interponer acción de tutela directamente o por quien actúe en su nombre, mediante un procedimiento preferente, informal y sumario, cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

En este sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, e igualmente, contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha reiterado que para que proceda la agencia

oficiosa en materia de tutela, es necesario que (i) el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que demuestre que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

De lo anterior se concluye, que la agencia oficiosa es permitida constitucionalmente cuando se manifieste expresamente esa condición y se demuestre que el afectado se encuentra imposibilitado para interponerla.

3.1.2. Previo al análisis del caso concreto, la Sala observa que en el presente asunto, se encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa, puesto que se demostró que la persona agenciada (madre del accionante) se encuentra en incapacidad física para solicitar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente conculcados, debido a su avanzada edad y a las patologías que sufre. De igual manera el señor Leonidas Figueroa García manifestó que actúa en calidad de agente oficioso de su señora madre.

3.2. Requisito de subsidiariedad respecto del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud creado por la Ley 1122 de 2007.

3.2.1. Los artículos 86 de la Carta y 6º del Decreto 2591 de 1991, establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en variada jurisprudencia, puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) Que aun existiendo otras acciones, estas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de allí, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los asociados. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de

brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en el asunto.[1]

3.2.2. Sobre el asunto de seguridad social en salud, las leyes 1122 de 2007[2] y 1438 de 2011[3] otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir, con la fuerza vinculante propia de un juez, algunas controversias entre las EPS (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios.

Específicamente, el Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, señala que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la “cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”.

3.2.3. Este trámite judicial inicia con la presentación de una petición informal, que no requiere derecho de postulación, en la cual se deben narrar los hechos que originan la controversia, la pretensión y el lugar de notificación de los sujetos procesales. Dentro de los 10 días siguientes a la radicación del oficio se debe dictar el fallo, el cual puede ser impugnado dentro de los 3 días siguientes. El procedimiento debe llevarse a cabo con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente el derecho al debido proceso de las partes.

De lo anterior, la Sala observa que, en principio, el procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, pues su propósito es servir como herramienta protectora de derechos fundamentales y su uso debe ser difundido y estimulado para que la propia justicia ordinaria actúe con celeridad y bajo el mandato de resolver los conflictos desde la perspectiva constitucional.

3.2.4. Sin embargo, cuando se evidencian circunstancias en las cuales está en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, y se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión, esta Sala ha sostenido que resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, pues la demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden

para conjurar un perjuicio, podría degenerar en el desamparo de los derechos o la irreparabilidad in natura de las consecuencias.[4]

En este sentido, la Corte considera que, prima facie, la vía que elija el administrado, tanto la acción de tutela como el mecanismo ante la Superintendencia tienen vocación de prosperar, pues en materia de salud, según las competencias otorgadas a esta última, ambas generarían los mismos efectos, y sostener lo contrario, sería desconocer la teleología de dichos instrumentos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus garantías constitucionales están siendo desconocidas. No obstante, en los términos del numeral anterior, es el juez de la causa quién evaluará en cada caso concreto, según las circunstancias de apremio y amenaza inminente a los derechos fundamentales involucrados si la tutela podrá sustituir al mecanismo contemplado por la Ley 1122 de 2007.

3.2.5. En el caso bajo estudio, se considera que la acción de tutela es procedente, puesto que invoca la protección de derechos fundamentales que se encuentran en riesgo y porque el apremio de la solicitud, aunado a la edad de la accionante (83 años), demanda una respuesta judicial sin más demoras. La Corte resalta que remitir en sede de revisión el asunto bajo examen a la Superintendencia de Salud desconocería la urgencia con la que se requiere el amparo de los derechos, toda vez que la accionante requiere medidas impostergables para asegurar unas condiciones dignas de existencia y resultaría desproporcionado, someterla a una espera mayor de la que ya ha afrontado desde la presentación de la acción de tutela.

3.3. Requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitar mediante tutela un tratamiento médico o insumo excluido de la regulación legal y reglamentaria del derecho a la salud- POS-.

3.3.1. La Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, constituye el marco legal dentro del cual se han desarrollado los derechos de los afiliados al régimen de salud y las reglas conforme a las cuales ellos tienen acceso a un conjunto de prestaciones concretas a cargo de las entidades que lo conforman, prestaciones que se encuentran específicamente listadas en el Plan Obligatorio de Salud -POS.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Seguridad Social, se establecieron dos regímenes: (i) el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias que cuentan con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y (ii) el subsidiado, en el cual están quienes no poseen capacidad de pago. Las prestaciones contenidas en el Plan Obligatorio de Salud- POS-, estaban diferenciadas para ambos regímenes; sin embargo, a partir del 1º de julio de 2012, el POS se unificó para todos los usuarios del sistema con independencia del régimen, de tal forma que los afiliados pueden acceder en condiciones de igualdad a los servicios definidos en el Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud, CRES, y en sus Anexos 1 y 2.

Justamente la definición de los contenidos prestacionales en salud contemplados por tal Acuerdo y sus anexos, implica la existencia de un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a ambos regímenes, y en tal sentido, como usuarios, tienen la facultad de exigir la realización de los procedimientos, tratamientos o la entrega de los medicamentos que se encuentran incluidos en el POS.

Para definir el sujeto pasivo de tal obligación, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que “las Entidades Promotoras de Salud -EPS- en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” Esto comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y de calidad en la prestación de los servicios.

3.3.2. Sin embargo, pueden presentarse casos en los que la responsabilidad de las EPS se vea cuestionada en términos del alcance en la cobertura de los servicios del Plan. Por ejemplo, cuando se trata de autorizar otros procedimientos o medicamentos ordenados por el médico tratante que han sido excluidos del POS como consecuencia de las limitaciones de los recursos del sistema.

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha señalado que estas limitaciones o exclusiones son admisibles, puesto que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del propio sistema de seguridad social en salud. Así, esta Corporación ha sostenido que “la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos

económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos [...]”[5]

De ahí que el principio general aplicable en estos casos, es que cuando una persona requiere de un servicio, procedimiento o medicamento que esté excluido del plan obligatorio de salud, debe adquirirlo por su propia cuenta y asumiendo directamente su costo.

3.3.3. No obstante, esta regla no es absoluta. La jurisprudencia constitucional ha indicado que “en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.”[6]

3.3.4. A partir de tal razonamiento, la Corte fue desarrollando una serie de sub-reglas destinadas a solucionar aquellos casos en que los usuarios solicitaban ante su EPS el suministro de elementos excluidos del POS, partiendo de la premisa de que fueran “requeridos con necesidad”. [7] Si bien con anterioridad a la sentencia T-760 de 2008 tal principio no había sido identificado con tanta claridad, la Corte si se había encargado de solucionar casos bajo similares parámetros, advirtiendo la existencia de orden médica, el criterio de irremplazabilidad de la prestación en el POS y la ausencia de capacidad económica del paciente o su familia.

3.3.5. Con todo, en dicha providencia tales reglas si fueron decantadas y el criterio actual de la Corte respecto de la autorización de servicios no POS depende del cumplimiento de los siguientes requisitos:

(ii) [que] el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) [que] el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;

(iv) [que] el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”[8]

3.3.6. Ahora bien, la Corte Constitucional se ha ocupado en distintas oportunidades de la responsabilidad que les compete a las EPS en el asunto de la provisión de servicios que siendo excluidos del POS, (i) tampoco son prestaciones médicas en estricto sentido ni (ii), en muchos casos, han sido prescritas por el médico tratante.

En suma, habrá lugar a ordenar la entrega de insumos no POS sin prescripción médica, cuando quiera que sea posible concluir que existe una relación de necesidad y no solo de simple contribución u opción, entre la dolencia y los elementos solicitados, bien por lo que consta en la historia clínica sobre este particular o bien por las propias condiciones del afectado.

No obstante, en casos en los cuales no exista orden médica y del estudio de los elementos de juicio obrantes en el expediente no se desprenda con certeza la necesidad de un determinado insumo o servicio, pero sí se evidencia que la empresa prestadora del servicio de salud no ha actuado con la debida diligencia, este Tribunal ha determinado que tal situación desconoce el derecho al diagnóstico, el cual se define como la garantía que tiene el paciente de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado.”[9]

Al respecto, esta Corporación ha indicado que la orden del médico tratante sustenta el requerimiento de un servicio y cuando ésta existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en la Plan Obligatorio de Salud. No obstante, también se ha admitido que cuando una persona solicita a su EPS un servicio sobre el cual no existe remisión médica, es posible proteger el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. Al respecto se precisó en la sentencia T-023 de 2013: “[...] una faceta del derecho fundamental a la salud es el derecho al diagnóstico; de acuerdo con éste, todos los usuarios

del Sistema de Salud tiene derecho a que la entidad de salud responsable, les realice las valoraciones médicas tendientes a determinar si un servicio, por ellos solicitado, y que no ha sido ordenado por el médico o especialista tratante, debe ser autorizado o no. De acuerdo con lo anterior, una entidad integrante del Sistema no puede negar un servicio médico, aduciendo, exclusivamente, que no existe prescripción médica, o que el mismo no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios; es deber de la entidad contar con todos los elementos de pertinencia médica necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio. Esta decisión debe ser, además, comunicada al usuario.”

3.3.7. En conclusión, las EPS no deben negar la entrega de un medicamento o la prestación de un servicio o procedimiento médico, bajo el ligero argumento de que los mismos no se encuentran incluidos en el POS o porque dicho procedimiento fue formulado por un médico no adscrito a la entidad promotora de salud. Dicha negativa debe ser estudiada cuidadosamente atendiendo a la circunstancia especial de cada afiliado.

4. La prueba de la incapacidad económica de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social frente a la EPS y la posibilidad de contradicción de estas últimas.

4.1. Sobre la falta de recursos económicos del afiliado y su familia, esta Corte ha indicado que pueden emplearse todos los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, siempre que su aplicación sea compatible con la naturaleza informal y sumaria del recurso de amparo. En tal sentido, frente a la incapacidad económica para asumir ciertas prestaciones médicas, se “ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación procesal civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá demostrar lo contrario”.

Esta inversión probatoria, obedece principalmente a la capacidad que en estos casos tienen las entidades demandadas- EPS y ARL- de controvertir las negaciones formuladas por los usuarios en relación con su incapacidad económica, en tanto que aquellas conservan en sus registros, información referente a la condición socioeconómica de sus afiliados. Por este

motivo, la inactividad procesal de estas aseguradoras, hace que las declaraciones presentadas por un accionante se tengan como prueba suficiente de su carencia de fondos para costear lo pretendido.

4.2. Por otra parte, la Corte ha encontrado que ante la ausencia de otras fuentes probatorias, situaciones“(…) como el desempleo, la afiliación al Sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad o tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual(…)”[10], pueden ser considerados como prueba idónea de la falta de recursos del peticionario para acceder a los servicios de salud, principalmente a los no POS. Finalmente, esta Corporación también ha presumido la incapacidad económica frente a los encuestados por el SISBEN y afiliados al régimen subsidiado de salud[11] teniendo en cuenta que pertenecen a uno de los grupos más pobres y vulnerables de la población. (Subrayado intencional).

4.3. Lo anterior conlleva a que al ser dichas reglas jurisprudenciales excepciones derivadas del precedente general, el cual a su vez es una limitación a la regla legal que señala que los medicamentos, servicios y demás insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud deben ser cubiertos por el paciente, deben ser interpretadas de manera restrictiva, máxime cuando se basan en presunciones.

Hechas las anteriores consideraciones, esta Sala procede a resolver el caso concreto.

5. Análisis del caso concreto

5.1. En esta oportunidad, la Corte revisa el caso de una paciente de 83 años, que padece de serias afectaciones en su visión, la cual solicita a través de su hijo, diversos insumos y servicios negados por la EPS demandada por cuanto los mismos se encuentran excluidos del POS.

El juez de tutela denegó el suministro de los multivitamínicos y de los exámenes de diagnóstico, al considerar que los ingresos de la accionante y del hijo que agencia sus derechos, son suficientes para adquirir los procedimientos y medicamentos, los cuales a su vez se encuentran excluidos del POS.

De acuerdo con los documentos allegados al expediente, se pudo observar que desde el mes de agosto de 2012, a la agenciada le fueron diagnosticadas diferentes afectaciones en sus ojos y según la prescripción médica del 17 del mismo mes, se recomendó realizar un O.C.T. de Metácula en el ojo izquierdo. Igualmente, una vez revisados los análisis de los registros entregados por la EPS, se advierte que a la agenciada se le negó la entrega de una barra magnificadora para baja visual.

Así mismo, se observa que el diagnóstico oftalmológico realizado a la accionante por el médico adscrito a la Nueva EPS diagnosticó “CICATRIZ MACULAR POR NEOVASCULARIZACIÓN COROIDEA OJO IZQUIERDO RELACIONADA CON LA EDAD”. (Mayúsculas del texto). Adicionalmente recomendó vitalux pluss o frexen plus 1 tableta al día (no suspender), valoración optometría, valoración por visión subnormal.

5.2. Expuesto lo anterior, la Sala ha de analizar el cumplimiento por parte de la EPS del plan recomendado por el médico tratante, si hay lugar a ordenar a la entidad el suministro de los medicamentos y procedimientos que fueron negados, tales como la barra magnificadora para baja visual, los complementos multivitamínicos, la valoración por optometría y la valoración por visión subnormal. Para el efecto, la Corte subsumirá las hipótesis fácticas a la reglas expuestas en las consideraciones, y determinará si hay o no vulneración a los derechos fundamentales de la señora García de Figueroa.

5.3. En el Acuerdo 029 de 2011, la barra magnificadora para baja visual, no se encuentra dentro del POS, de igual manera tampoco se encuentra en el mismo el suministro de multivitamínicos; en esa medida no se puede considerar que la negación de tales elementos se convierta en una vulneración directa de los derechos fundamentales invocados; menos aun cuando en el expediente está probado que tanto la accionante como su agente pertenecen al régimen contributivo y no se allegaron pruebas de los gastos en que incurren, para poder determinar la falta de capacidad de pago.

Sin embargo, en aras de garantizar el acceso a los medicamentos recomendados por el médico tratante, pero sin afectar al sistema general de seguridad social en salud, se le ordenará a la EPS que suministre un multivitamínico genérico que contenga los componentes activos esenciales que se encuentran en los recomendados por el médico tratante.

En lo que respecta a la barra magnificadora de baja visual se precisa que su costo no es tan alto como lo afirma el agente oficioso, por ello al constatarse que la accionante pertenece al régimen contributivo, al igual que su hijo, y atendiendo al tiempo transcurrido entre la negación de la entrega de la misma y la interposición de la tutela (un año después) se presume que pueden acceder a los recursos necesarios para adquirirla o que la necesidad no es de tal entidad que pueda afectar aún más la salud de la accionante.

De otra parte, si bien la Nueva EPS negó el suministro de la barra magnificadora de baja visual, no se pronunció en lo que respecta a la valoración por visión subnormal ni en lo que respecta al O.C.T de Mácula del ojo izquierdo, no ofreció un tratamiento alternativo ni otras posibilidades a la paciente que pudieran mejorar, o al menos estabilizar la enfermedad visual que padece la accionante. Lo anterior da a entender a esta Corporación que no se buscaron opciones de reemplazo, situación cuyas consecuencias no debe asumir el usuario.

5.4. Por lo expuesto, esta Sala considera que los derechos a la salud y a la vida digna de la señora Omaira García de Figueroa sí fueron en parte vulnerados por la entidad demandada, y en consecuencia, le ordenará a la Nueva EPS que suministre un multivitamínico genérico que contenga los componentes esenciales del recomendado por el médico tratante, se realice una valoración por un especialista en optometría bien sea de la EPS o de alguna de las IPS con que tenga convenio y de encontrar que el O.C.T de mácula en el ojo izquierdo es necesario se le suministre sin demora.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 27 de noviembre de 2013, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, mediante la cual se negó el amparo a los derechos fundamentales de la señora Omaira García de Figueroa y, en su lugar, CONCEDER el amparo al derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas.

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal de la Nueva EPS o a quien haga sus veces que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, suministre a la señora Omaira García de Figueroa un multivitamínico genérico que contenga los componentes esenciales del recomendado por el médico tratante, se realice una valoración por un especialista en optometría bien sea de la EPS o de alguna de las IPS con que tenga convenio y de encontrar que el O.C.T de mácula en el ojo izquierdo es necesario se le suministre sin demora.

TERCERO.- 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.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Secretario General

[1] Ver la Sentencia T-646 de 2013.

[2]“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

[3]“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

[4]Al respecto, ver la sentencia T-316A de 2013.

[5] Corte Constitucional Sentencia T-1204 de 2000. Ver entre otras, las Sentencias T-883 de 2003; SU-480 del 25 de septiembre de 1997 y SU-819 del 20 de octubre de 2003.

[6] Sentencia T-883 de 2003.

[7] En sentencia T-760 de 2008, la Corte aclaró, que requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, “requerir con necesidad”. En ella, aclaró el concepto de “requerir”[41] y el de “necesidad”. Respecto al primero señaló que se concretaba en que “a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.”

[8] Sentencia T-760 de 2008.

[9] Sentencia T-1181 de 2003.

[10] Al respecto, ver las siguientes sentencias: T-867 de 2003 (MP: Manuel José Cepeda) y T-861 de 2002.

[11] T-022 de 2011 Ver también las sentencias T-306 de 2005, T-829 de 2004 y T-113 de 2002, entre otras.