



INFORME SECRETARIAL: Al Despacho del señor Juez el expediente No. **2020 – 00187**, hoy treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020), informando que las comunicaciones enviadas a las entidades accionadas fueron contestadas y a la fecha se encuentra para resolver la presente acción de tutela. Sírvasse proveer.

ANA RUTH MESA HERRERA
Secretaria

JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

El señor OSCAR YESID DEL VALLE CLAVIJO, identificado con C.C. 17.311.428, actuando en causa propia, presentó ACCIÓN DE TUTELA, en contra de NUEVA E.P.S. e I.P.S. VIVA 1A, por la violación al derecho fundamental a la salud.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN:

Manifiesta el accionante en los hechos que fundamentan el amparo constitucional que es un paciente diagnosticado con “diabetes mellitus” desde hace 15 años, por lo que pertenece a un grupo de cuidado especial de la NUEVA E.P.S., entidad a la cual se encuentra afiliado. Asimismo, relató que la I.P.S. VIVA 1A es la prestadora directa de los servicios de salud y que tiene prescripciones médicas para el suministro de insulina y linagliptina + metformina.

En vista de lo anterior, acudió a la droguería Colsubsidio para el suministro de dichos medicamentos, los cuales fueron negados en atención a que el código de autorización de la E.P.S. no corresponde a la fórmula de la I.P.S. En consecuencia, el actor solicitó la actualización de la fórmula, sin obtener una solución por parte de las entidades que le permitiera el suministro de los medicamentos.

Por lo anterior, solicitó que se amparara su derecho fundamental y se ordenara a la I.P.S. que actualice la fórmula MIPRES del Ministerio de Salud, que la E.P.S. emita un código de autorización adecuado para la entrega del medicamento de forma continua y permanente y que el medicamento sea entregado a domicilio.

TRÁMITE PROCESAL

La presente acción fue admitida mediante auto del dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020), allí se ordenó requerir a las entidades a fin de que rindieran un informe acerca de cada uno de los hechos y pretensiones enunciados por el actor.

VIVA IPS 1A

Allegó el informe requerido el dieciocho (18) de junio de los corrientes, informando que la profesional de la salud que atendió el actor le remitió la orden de medicamentos que éste reseña, por un término de tres meses. Además, en consulta del 28 de abril de 2020 se emitió fórmula médica para los mismos medicamentos, es decir, la fórmula se repitió, por lo cual una debía de ser anulada.

Por otra parte, señaló que la provisión de los medicamentos le corresponde a la NUEVA E.P.S., por lo que solicitó su desvinculación por falta de legitimación en causa por pasiva.

NUEVA E.P.S.

Allegó el informe requerido el dieciocho (18) de junio de los corrientes, señalando que el medicamento deprecado no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud, por lo que señaló que su solicitud no era procedente, además, por no cumplir los requisitos de la Resolución 1885 de 2018. Por otro lado, expuso cuáles eran los grupos poblacionales con acceso a la entrega de medicamentos a domicilio, según la Resolución 521 de 2020.

A causa de lo anterior, mediante auto del veinticinco (25) de junio del año en curso, se ordenó vincular a la Nación – Ministerio de Salud y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES rindió el informe el treinta (30) de junio de los corrientes, esgrimiendo la falta de legitimación en causa por pasiva, como quiera que las E.P.S. tienen a cargo la prestación de los servicios de salud y la provisión de medicamentos; además, expuso la pretensión del actor se trata de un medicamento no financiado con recursos de la UPC, y de acuerdo con la normatividad anteriormente expuesta, este tipo de tecnología se encuentra dentro del presupuesto máximo otorgado a las EPS, por lo que NUEVA EPS cuenta con los recursos para suministrar dicho medicamento.

Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social rindió el informe requerido el mismo día, defendiéndose a través de la figura de la falta de legitimación en causa por pasiva, indicando que la E.P.S. tiene a su cargo el suministro de medicamentos, manifestando que el medicamento deprecado no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud y, finalmente, solicitó ser desvinculada de la acción constitucional.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Este juzgador debe señalar además que esta acción tiene una doble naturaleza:

a) Como mecanismo residual: esto es, que procede para la protección de derechos de carácter fundamental y para cuya defensa no exista mecanismo ordinario de carácter judicial.

Al respecto, deberá recordarse que las acciones judiciales están establecidas para la protección de los derechos individuales de carácter patrimonial y extrapatrimonial reconocidos en la ley sustancial. En este sentido la Constitución de 1991 sublima al

individuo al punto de crear una acción de talante constitucional para preservar sus derechos fundamentales cuando quiera que el Estado a través de sus agentes o los particulares, cuando cumplan funciones públicas o en los casos que lo autoriza la Carta Política y el Decreto 2591 de 1991, les vulneren o amenacen vulnerarlos.

b) Como mecanismo transitorio: quiere decir que a pesar de existir vía judicial reconocida en la ley para la protección del derecho afectado, procede la acción de tutela cuando quiera que el perjuicio irrogado o inminente pueda adquirir el carácter de irremediable.

Lo someramente expuesto nos lleva a concluir que la naturaleza de la acción de tutela y su razón de ser en el cuerpo normativo constitucional es esencialmente excepcional. Esto es, que su procedencia sólo resulta de la clara, inequívoca, injusta e ilegal vulneración de derechos de rango fundamental, puesto que si la situación planteada en torno de su invocación emerge de la aplicación de una norma de orden legal o con amparo en las facultades y funciones que la misma ley determina, el camino para la protección de derechos desarrollados legalmente que de manera directa o indirecta se viesen afectados por tal actuación es del resorte de las vías judiciales que la misma ley consagra.

Ahora bien, respecto de los derechos que presuntamente han sido objeto de vulneración, es decir, el derecho fundamental a la salud, debe decirse que éste fue elevado a rango constitucional en el canon 49 de la Carta Política; y posteriormente adquirió el rango fundamental en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que previó:

"ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado".

Con fundamento en la norma arriba señalada, la Corte Constitucional en sentencia T-314 de 17 de junio de 2016, sostuvo frente a la protección del Derecho a la salud, que:

"El derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples derechos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.¹"

Reforzando tal postura, la Corte ha expuesto que la dignidad humana se concatena con derechos fundamentales como la salud y que dichos derechos pueden verse birlados cuando no se garantizan las prestaciones que el ordenamiento jurídico interno pone en cabeza de determinada persona:

¹ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-314 de 2016; M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*"Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo"*².

En cuanto a los servicios que deben ser prestados por las E.P.S., palmario es que deben ser suministrados atendiendo los criterios de oportunidad y eficiencia, pues ello va ligado al respeto por el derecho fundamental a la salud:

*(...) implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPS's (sic) para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros."*³ (Subrayado fuera del texto).

La oportunidad y eficiencia en la entrega de medicamentos no sólo encuentra su asidero en la jurisprudencia constitucional, sino que también tiene su fundamento en el rango legal, tal y como se denota en el artículo 131 del Decreto Ley 19 de 2012:

ARTÍCULO 131. SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán la obligación de establecer un procedimiento de suministro de medicamentos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, a través del cual se asegure la entrega completa e inmediata de los mismos.

En el evento excepcional en que esta entrega no pueda hacerse completa en el momento que se reclamen los medicamentos, las EPS deberán disponer del mecanismo para que en un lapso no mayor a 48 horas se coordine y garantice su entrega en el lugar de residencia o trabajo si el afiliado así lo autoriza.

Las anteriores consideraciones exaltan la obligación inexorable que tienen las E.P.S. de suministrar y/o autorizar los medicamentos y demás procedimientos que hacen parte del Plan de Beneficios en Salud. De otra manera, la Corte Constitucional ha descrito que el

² Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-760 de 2008; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-531 de 2009; M.P. Humberto Sierra Porto.

acceso a medicamentos no incluidos en dicho plan es de vital importancia para garantizar la concreción del derecho fundamental a la salud en un Estado Social de Derecho y ha definido las reglas bajo las cuales deben hacerse dichas concesiones, tal y como ha quedado expuesto en la sentencia T-336 de 2018:

"Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están a cargo del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurran las siguientes condiciones:

"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas en cada caso concreto.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios para todos los afiliados"⁴.

En concordancia, y exaltando el carácter esencial de algunos medicamentos que no se encuentran incluidos en el P.B.S., la Corte iteró en la sentencia T-020 de 2013 que:

"Se vulnera el derecho a la salud a una persona vinculada al régimen subsidiado cuando se niega la prestación de un servicio de salud que no se encuentra dentro de la cobertura del Plan de Beneficios y el mismo es necesario para garantizar la vida e integridad personal, no pueda ser sustituido por otro que se encuentra dentro del plan obligatorio de salud y no se desvirtúe la presunción de incapacidad económica"⁵.

En el caso bajo estudio se evidencia que la prescripción médica se ha adelantado a través del mecanismo MIPRES, lo cual constituye un mecanismo del cual dispuso el Ejecutivo,

⁴ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-336 de 2018; M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-020 de 2013; M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

acentuando que deben existir ocasiones en las que se debe entregar un medicamento que no está enlistado en el Plan de Beneficios en Salud. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho una referencia directa, estableciendo que:

"3.6. Como quiera que las coberturas del régimen subsidiado son las mismas que las del régimen contributivo, debido a la unificación del hoy llamado Plan de Beneficios en Salud a través de la expedición de diferentes Acuerdos proferidos por la extinta Comisión de Regulación en Salud-CRES entre los años 2009 a 2012, hoy en día, en aras del principio de equidad, existe un único e idéntico Plan de Beneficios en Salud para el régimen contributivo y subsidiado.

3.7. Con el objetivo de facilitar el acceso de los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías no cubiertas expresamente por el Plan de Beneficios, conforme a la reglamentación del artículo 5º de la citada ley estatutaria, se eliminó la figura del Comité Técnico Científico para dar paso a la plataforma tecnológica Mi Prescripción –MIPRES–, que es una herramienta diseñada para prescribir servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios, de obligatorio cumplimiento para los usuarios del sistema de salud, garantizando que las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) presten los servicios de la salud sin necesidad de aprobación por parte del Comité Técnico-Científico (CTC)".⁶

Entonces, para el *sub lite* se tiene que obra fórmula medica para la entrega del medicamento solicitado por el actor, el cual ya se ha tramitado a través de la plataforma MIPRES; situación que no es de desconocimiento para la E.P.S. accionada. Cabe destacar que se encuentra en el expediente la prescripción médica que ordenó los medicamentos que el actor deprecia por intermedio de la presente acción. Estos medicamentos no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud de acuerdo con la Resolución No. 5857 de 2018; aunque esto no es una exculpación para que la E.P.S. actúe de conformidad con sus funciones constitucionales y legales, suministrando las prestaciones asistenciales que requiera el usuario.

Bajo ese escenario y revisado el expediente, conforme a las normas y a la jurisprudencia antes reseñada, al Despacho no le cabe duda alguna acerca de la mora en la que ha incurrido NUEVA EPS S.A. en la entrega de dichas prestaciones, cuando estas cumplen con las condiciones reseñadas por la jurisprudencia constitucional antes citadas; es por ello que se puede concluir que la Entidad Promotora de Salud accionada, ha vulnerado el derecho a la salud del actor, pues sin razón alguna no ha procedido a suministrar los medicamentos que se ordenaron en la fórmula médica que se adjuntó a la acción de tutela.

En consecuencia, se TUTELARÁ el derecho del accionante a la salud; por lo que se ORDENARÁ a la accionada NUEVA E.P.S. S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, proceda a suministrar los medicamentos ordenados en la fórmula obrante, en las cantidades y condiciones allí indicadas. Además, se ordenará la entrega de medicamentos a domicilio, toda vez que, como bien supo exponerlo la E.P.S., los artículos 4.2.1 y 4.2.2. de la Resolución 521 de

⁶ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-001 de 2018; M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

2020 ponen en cabeza del actor esta prestación, como quiera que su diagnóstico corresponde al de diabetes mellitus.

Además, se PREVENDRÁ a NUEVA EPS para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas como las que dieron origen a esta tutela, toda vez que ello atenta contra las garantías constitucionales de los usuarios y desconoce su obligación de garantizar la prestación real, efectiva y oportuna de los servicios de salud.

De cara a las demás entidades, es preciso indicar que frente al ADRES y el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL no es posible impartir la orden de recobro, como lo solicita NUEVA E.P.S., debido a que el legislador ha establecido un trámite de recobro que no se ha agotado por parte de la Entidad Promotora de Salud. Por otro lado, no se encuentra acreditada ninguna acción u omisión cuya responsabilidad sea atribuible a I.P.S. VIVA 1A, por lo que se desvinculará a estas entidades del trámite tutelar que se adelanta.

En razón a lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.** Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

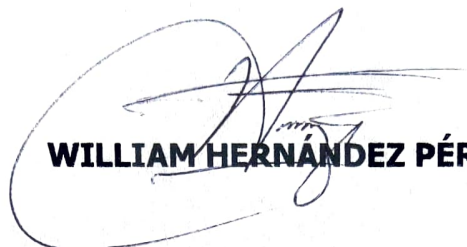
- PRIMERO:** **AMPARAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** del señor OSCAR YESID DEL VALLE CLAVIJO, identificado con C.C. 17.311.428, de acuerdo con las razones expuestas.
- SEGUNDO:** **ORDENAR** al Dr. JUAN CARLOS VILLAVECES PARDO, en calidad de Gerente Zonal Bogotá de NUEVA E.P.S. S.A., a su superior jerárquico, Dr. DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO, vicepresidente en salud de NUEVA E.P.S. y/o al funcionario que haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, procedan a suministrar a domicilio, de conformidad con la Resolución 521 de 2020, los medicamentos ordenados mediante fórmula del 26 de abril de 2020 obrante en el plenario, en las cantidades y condiciones allí indicadas.
- TERCERO:** **PREVENIR** a la NUEVA EPS para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en las conductas como las que dieron origen a esta tutela, toda vez que ello atenta contra las garantías constitucionales de los usuarios y desconoce su obligación de garantizar la prestación real, efectiva y oportuna de los servicios de salud.
- CUARTO:** **DESVINCULAR** a I.P.S. VIVA 1A, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social de la presente acción de tutela.
- QUINTO:** **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico, de conformidad con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada COVID-19.

SEXTO:

ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

El Juez,



WILLIAM HERNÁNDEZ PÉREZ

La Secretaria,

ANA RUTH MESA HERRERA

Kjma.