



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D. C., 15 NOV. 2018

Sentencia T. No. 147

Accionada: Fondo del Pasivo De los Ferrocarriles Nacionales, E.P.S.
EMCOSALUD HOY TOLIHUILA, I.P.S. Servidem.
Tema: Solicitud medicamento.
Derechos presuntamente vulnerados: Salud.
Radicado: 110013335-017-2018-00426-00
Demandante: José Manuel Cortés

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por **José Manuel Cortés**, por intermedio de apoderado judicial.

I. ANTECEDENTES

SOLICITUD

El 29 de octubre de 2018, el señor José Manuel Cortés a través de apoderado judicial instauró acción de tutela contra el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, la E.P.S. Emcosalud hoy Unión Temporal Toliuhila y la I.P.S. Servidem, por estimar vulnerado su derecho constitucional fundamental de la salud.

Pretende el tutelante que por intermedio de la presente acción, se ordene a la entidad accionada, autorizar y suministrar el medicamento "Viteyes Cápsula o Tableta", además del tratamiento integral de sus patologías.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante providencia calendada 01 de noviembre de la presente anualidad, este Despacho admitió la presente acción, ordenando la notificación de las accionadas, mediante envío de correo electrónico al buzón de notificaciones judiciales de las entidades, en el que se adjuntó el auto que admite la acción y el escrito de tutela, solicitando el despacho en un término improrrogable de dos (2) días, allegar el informe respectivo de conformidad con el objeto de la acción.

ARGUMENTOS DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

Dentro del término establecido en el auto de fecha 01 de noviembre de 2018, las entidades Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales y la E.P.S. Emcosalud hoy Unión Temporal Toliuhila, dieron contestación al requerimiento, solicitando se negaran las pretensiones de la misma, informando inicialmente que el medicamento solicitado por el accionante no se encuentra en el P.O.S., pues se encuentra catalogado como suplemento dietario, seguidamente advierten el estado del registro Invima del medicamento, el cual registra como vencido, señalan también los ingresos actuales del tutelante como pensionado del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, presumiendo una capacidad económica favorable para la compra del medicamento por cuenta del señor José Manuel Cortés.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN POR ACTIVA.

La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.¹

En el presente asunto la acción de tutela es presentada por intermedio de apoderado judicial en representación del señor José Manuel Cortés, en procura de la defensa del derecho fundamental a la salud.

LEGITIMACIÓN POR PASIVA.

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del mencionado Decreto.

En el caso, el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, la E.P.S. Emcosalud hoy Unión Temporal Toluquila y la I.P.S. Servidem, quienes actúan como accionados dentro del trámite de la referencia, así las cosas, el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio Salud y Protección Social y la E.P.S. Emcosalud, como unión temporal, contratista del Fondo del Pasivo Social, en esa medida, gozan de legitimación en la causa por pasiva dentro del presente proceso de tutela.

Procedibilidad de la acción de tutela.

Dado su carácter subsidiario y residual la acción de tutela no procede *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”* (art. 6-1 D. 2591/91). Así mismo, no procede *“cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”* (art. 6-5 D. 2591/91)

Por otra parte, dadas la naturaleza especial de la acción y su finalidad constitucional de amparar en forma inmediata y urgente el derecho constitucional fundamental, el tutelante debe acudir en forma inmediata o al menos en un plazo razonable ante los jueces de la República, en búsqueda del amparo de sus derechos fundamentales.

En el asunto sub examine para efectos de determinar la procedibilidad de la presente acción, la parte actora no cuenta con otros mecanismos para el amparo de los derechos invocados y, en cuanto a la inmediatez, se estima que acudió en un término prudencial a invocar la protección de sus derechos, por lo tanto, se procederá a examinar de fondo el asunto objeto de conflicto, para efectos de determinar la ocurrencia o no de la vulneración del derecho fundamental y su eventual protección de tutela.

¹ El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

Problemas jurídicos y temas jurídicos a tratar

Se ha de determinar por este Despacho si las entidades accionadas han vulnerado el derecho fundamental del actor a la salud, al no autorizar suministrar el medicamento denominado "Viteyes Capsula o Tabletas".

El tutelante manifiesta que la entidad accionada ha vulnerado su derecho fundamental a la salud, al no suministrar el medicamento "Viteyes Capsula o Tabletas", conforme a la fórmula médica de fecha 02 de octubre de 2018 y que debería suministrarse de manera continua e indefinida, argumentando que dicho medicamento no se encuentra dentro del convenio suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y Emcosalud E.P.S.

Por su parte, las entidades accionadas Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales y la E.P.S. Emcosalud, afirmaron no ha vulnerado los derechos constitucionales de carácter fundamental del accionante, ni haber incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro, amenace o menoscabe sus derechos; por el contrario se ha prestado el servicio de salud con integralidad al accionante, para lo cual anexa evidencia de las citas médicas y procedimientos autorizados en razón a los padecimientos médicos del tutelante.

Advierten que el medicamento solicitado por señor José Manuel Cortés, no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, toda vez que se categoriza como "suplemento dietario" por lo que no se hace posible su entrega, aunado a esto, señalan que el registro Invima del citado medicamento se encuentra vencido y finalmente señalan que la capacidad económica del accionante le permite obtener por sus propios medios dicho suplemento.

La vinculada I.P.S. Servidem, guardó silencio en el término procesal otorgado para rendir informe.

De acuerdo con la presentación de las tesis de las partes intervinientes, en este caso resulta imperioso revisar y atender el precedente jurisprudencial en relación con los derechos fundamentales que el accionante aduce le han sido vulnerados como lo son el derecho a la salud, mínimo vital y vida digna consagrado en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

Para resolver el problema jurídico, se tratarán los siguientes temas: **i) El derecho fundamental a la seguridad social y a la salud en tratándose de sujetos de especial protección constitucional ii) Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, hoy Plan de Beneficios, y iii) Caso concreto, así:**

i) El derecho fundamental a la seguridad social y a la salud en tratándose de sujetos de especial protección constitucional.

Conforme con lo dispuesto por el Artículo 48 de la Carta Política, a la seguridad social se le reconoce una doble condición, como (i) un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional y (ii) un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección del Estado, a través de entidades públicas o privadas, prestación que se desarrolla con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la seguridad social es el conjunto de medidas institucionales que procuran por brindar las garantías necesarias para amparar los riesgos sociales, para, en ese sentido, generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad humana.²

En ese sentido, para que dicho derecho irrenunciable pueda materializarse, se requiere de un contenido prestacional que exige el diseño de una estructura organizada, esto es, todo un sistema dispuesto para la asistencia integral en seguridad social y "*orientado a procurar el bienestar del*

² Sentencia T-314-2017.

*individuo y la comunidad mediante la protección de las contingencias que los afecten, en especial, las que menoscaban la salud, la integridad física y la capacidad económica”.*³

No obstante su carácter prestacional, se reconoció que *“el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo”*⁴ susceptible de amparo a través de acción de tutela, para ello expuso:

*“[...] el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”*⁵

Por tanto, esta acción es procedente en los casos en que se evidencie que por fallas en la prestación del servicio de salud se (i) lesione la dignidad humana de la persona, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha reconocido el especial carácter que tiene el derecho a la salud en tratándose de sujetos de especial protección, estos son, los niños, niñas y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas pertenecientes a la tercera edad y las personas en condición de discapacidad.

Es por ello que, tratándose de esta población, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta pues (i) en el caso de las personas de la tercera edad, están conminadas a *“afrentar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”*⁶, y (ii) respecto de los menores de edad, puesto que son quienes, debido a su natural estado de debilidad, requieren la especial cuidado en aras de buscar los más altos estándares de atención en salud. Por tal motivo, deberán garantizarse todos los servicios que sean necesarios para amparar dicho derecho fundamental.

A propósito, la H. Corte Constitucional ha señalado que *“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”*.⁷

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, la jurisprudencia constitucional y la ley le otorga a los sujetos de especial protección constitucional un trato preferente respecto de los demás usuarios del sistema.

ii) Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, hoy Plan de Beneficios.

En repetidas oportunidades, la H. Corte Constitucional ha establecido que las normas que reglamentan los contenidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) no pueden desconocer derechos fundamentales. Tal situación ocurre cuando una E.P.S. excluye la práctica de procedimientos, tratamientos o el suministro

³ Sentencia T-314-2017.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-973 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-527 del 11 de julio de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T- 746 del 19 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de insumos directamente relacionados con la vida o la dignidad de los pacientes, argumentando que no se encuentran incluidos en el POS.⁸

De ahí que se haya inaplicado la normatividad que excluye dichos servicios médicos para impedir que un precepto legal o una decisión administrativa dificulten el goce efectivo de derechos fundamentales como la vida, la integridad y la salud. Al efecto, la Corte ha establecido la obligación de comprobar los siguientes requisitos:

(i) Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico.

(ii) Que la falta del servicio, tratamiento o medicamento, vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal.

(iii) Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo grado de efectividad que el excluido del plan.

(iv) Que el actor o su familia no tengan capacidad económica para costearlo.

De lo expuesto se tiene que no todas las prestaciones médicas prescritas por un galeno podrán ser objeto de protección por vía de la acción de tutela, toda vez que, al menos en principio, la autorización de servicios se encuentra restringida al plan obligatorio. Por ello, para que resulte procedente la orden de suministrar un tratamiento, insumo y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, será preciso comprobar si se cumplen los lineamientos jurisprudenciales ya mencionados.

iii) Caso Concreto

El apoderado del tutelante manifiesta que la entidad accionada ha vulnerado su derecho fundamental de la salud, al no suministrar el medicamento denominado "Viteyes Capsula o Tabletas", afirmando que no hace parte del convenio suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la E.P.S. Emcosalud.

Por su parte, las entidades accionadas afirman que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante, pues han prestado todos los servicios médicos y asistenciales de conformidad con las patologías del señor Juan Manuel Cortés, para lo cual aporta los servicios autorizados y los procedimientos realizados por la E.P.S., aunado a esto, señalan que no es posible hacer entrega del medicamento anteriormente referenciado porque el mismo no hace parte del Plan Obligatorio de Salud, al encontrarse clasificado como "suplemento dietario", además de esto, advierten que el estado del registro Invima de dicho medicamento se encuentra vencido y que de conformidad con los ingresos del accionante, cuenta con capacidad económica para obtenerlo.

Ahora bien, en concordancia con el precedente jurisprudencial señalado anteriormente, sobre las exigencias para la procedencia del amparo constitucional cuando se pretende tutelar el derecho fundamental a la salud, encuentra el Despacho que al tratarse de un sujeto de especial protección, aún cuando el medicamento no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, el mismo fue suministrado por la E.P.S. accionada por un término superior a 6 años y si bien, en la actualidad no cuenta con estado vigente de su registro Invima, la Corte Constitucional ha señalado que es permitido el suministro medicamentos que no cuentan con el registro sanitario expedido por el Invima, analizando si el derecho a la salud se encuentra comprometido al negar el suministro de determinados medicamentos.

Así pues, la Corte, señaló "el derecho a la salud de una persona implica que se le garantice el acceso a un medicamento que requiere, así no cuente con registro del INVIMA, si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario

⁸ Corte Constitucional, Sentencia de Tutela T-243-2015.

vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano⁹.

Aunado a lo anterior, advierte el Despacho que el accionante padece de Malucopatía de tipo ojo seco, en el ojo derecho y con membrana no vascular en el ojo izquierdo, además de degeneración en la macula y del polo posterior del ojo, lo que le ha desarrollado una significativa pérdida de la visión agravando aún más su condición de especial protección por la afección que padece, razón por la que el suplemento dietario que fue recetado por el médico tratante de su E.P.S., se hace fundamental para el control de su enfermedad.

Es por esto, que se tutelarán los derechos fundamentales de salud y vida digna del señor José Manuel Cortés, en atención a que su médico tratante con ocasión a la patología desarrollada por el accionante recetó el suplemento en aras de prestar un tratamiento que redujera en lo posible las incomodidades generadas a éste por su enfermedad, aún sin estar consignado en el Plan Obligatorio de Salud, razón por la que no es aceptable la negativa de la E.P.S. Emcosalud de autorizar el suministro del medicamento Viteyes.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamental a la salud y vida digna del señor JOSÉ MANUEL CORTÉS, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la EPS Emcosalud, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice y entregue al señor José Manuel Cortés el suplemento dietario "Viteyes" en los términos dispuestos por el médico tratante que indique la cantidad y características de dichos insumos, determinando las particularidades y las condiciones de modo, uso y tiempo en que deben ser proveídos los insumos concedidos de acuerdo con lo que el cuadro clínico indique y las patologías demanden.

TERCERO.- NOTIFICAR esta providencia en la forma ordenada en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiendo que el incumplimiento a este fallo acarrea las sanciones estipuladas en el Artículo 52 del citado Decreto.

CUARTO.- Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

AR

⁹ Sentencias T-042 de 2013, T-834 de 2011, T-418 de 2011 y T-1214 de 2008.