



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
- SECCIÓN SEGUNDA -**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil veinte (2020)

Expediente No. 11001-33-35-028-2020-00073-00
Accionante: Margot Quintero Galvis
Accionada: Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.
Referencia: Acción de tutela

Margot Quintero Galvis, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.422.315 de Bogotá D.C.; actuando en nombre propio, instauró acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional, solicitando que por el trámite establecido, se ordene a la **Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.**, el amparo de su derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la integridad física.

Cumplido el trámite procesal, se procede a proferir sentencia dentro del asunto, teniendo en cuenta para el efecto los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS Y PETICIONES.

1.1. Hechos.

"1. Me encuentro afiliada a la Nueva Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS S.A como beneficiaria de mi hijo Alejandro Retrepo Quintero, por un término de cerca de diez años.

2. Fui diagnosticada con Asma/EPOC, apnea del sueño leve e hipoxemia severa.

3. Como parte del tratamiento para las patologías antes señaladas me fue formulado, por la Doctora Andrea Carolina Caballero Pinilla (Médico especialista tratante), **el medicamento de Budesonida - Formoterol 320/9 MCG**. Dicho medicamento se administra mediante inhalación y la dosis en la que fue formulada es de una inhalación cada doce horas durante seis meses, por lo que es necesario la entrega mensual de un inhalador que contiene 60 dosis, siendo esta la tercera vez que la mencionada profesional de la salud me formula este medicamento como parte del tratamiento por un término de seis meses. La última vez que me formulo este medicamento fue el día 25 de febrero de 2020.

4. En anteriores ocasiones la autorización para la entrega de este medicamento era informada vía mensaje de texto dentro de los cinco días posteriores a la formulación del medicamento, ya que se trata de un medicamento que se encuentra fuera del plan obligatorio de salud POS y según manifiestan tanto la EPS como la institución prestadora de servicios de salud IPS es necesario cargar la formula a un aplicativo tecnológico. En el caso de la última formula esta no se recibió el código de autorización y por este medio una operadora del call center de la Nueva EPS manifestó que era necesario acercarse a un centro de atención al usuario de la Nueva EPS, para obtener la autorización correspondiente.

5. En el centro de atención al usuario de la Nueva EPS, el 10 de marzo del año en curso informaron que no se había autorizado la entrega del medicamento por cuanto se presentaban inconsistencias en cuanto a datos de prescripción (dosis, frecuencia de administración, duración de tratamiento, cantidad total o información incompleta) y que por lo tanto era necesario que el médico tratante que formulo el medicamento realizara la aclaración correspondiente y modificara la formula del medicamento. En las anteriores ocasiones en que la Doctora Andrea Carolina Caballero Pinilla me formulo el medicamento Budesonida – Formoterol 320/90 MGC lo hizo mediante fórmulas médicas iguales a la actual y no se había presentado ningún tipo de inconveniente para la entrega del mismo.

6. El médico tratante (...), al solicitársele la modificación de la formula, manifestó que no era posible hacerlo ya que esta fórmula se elabora en un aplicativo tecnológico que se encuentra enlazado al Ministerio de Salud y además que no hay ningún tipo de inconsistencia en la formula y que se trataba de un pretexto de la EPS accionada, para no entregar el medicamento.

7. Ante lo manifestado por la Doctora (...), me dirigí nuevamente al centro de atención al usuario de la Nueva EPS, donde se tramito nuevamente la solicitud para que autorizaran el medicamento, la cual fue contestada el 16 de marzo de 2020, negando la autorización para la entrega del medicamento, pero esta vez la razón para la negativa fue que el medicamento no contaba con registro sanitario vigente.

8. Actualmente me encuentro sin este medicamento, que es necesario en mi tratamiento para las patologías antes señaladas y la falta del mismo puede afectar negativamente mi estado de salud."

1.2. Petición.

"PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida de la accionante Margot Quintero Galvis.

SEGUNDO: En consecuencia, de la anterior pretensión ordenar a la accionada **Nueva Empresa Promotora de Salud S.A NUEVA EPS S.A** y/o quien corresponda, **que suministre el medicamento Budesonida – Formoterol 320/9 MCG**, en las cantidades y con la frecuencia indicada por el médico tratante, que se describe en los hechos de esta tutela y en la formula médica señalada en el acápite de pruebas."

2. TRÁMITE PROCESAL

La acción fue presentada el 2 de abril de 2020, ante la Oficina de Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C.

Por auto de 2 de abril de 2020, se admitió la acción, ordenando notificar al **Presidente** de la **Nueva EPS, Dr. José Fernando Cardona Uribe** y así mismo, se le solicitó que en el término de cuarenta y ocho (48) horas remitiera con destino a este proceso, un informe preciso y detallado acerca de los hechos relacionados en la solicitud de tutela, junto con las pruebas documentales que hubiesen en su poder con el objeto de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

En cumplimiento a la providencia en referencia, se notificó mediante correo electrónico a la accionada el 2 de abril de 2020.

3. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Mediante memoriales enviados al correo electrónico del Juzgado el 6 de abril de 2020, el Profesional Jurídico II de la Secretaría General y Jurídica de la entidad, actuando como apoderado especial, dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

Como primera medida, señala una relación de los funcionarios encargados de dar cumplimiento a las órdenes de tutela que profieren los jueces constitucionales y realiza un recuento normativo de las disposiciones en relación con la emergencia sanitaria por Covid-19 y la protección de derechos fundamentales.

Seguidamente, en punto al caso concreto, indica que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno puesto que le han entregado en su sentir, los medicamentos en los periodos señalados para tal fin. Igualmente, refiere que es necesario que exista una orden médica emitida por el galeno tratante.

Esboza reglamentos concernientes a la prestación de servicios que están por fuera de los recursos financiados por la UPC y el procedimiento para la prestación de los mismos.

En suma, solicita se deniegue la acción de tutela y de manera subsidiaria, en el caso en el que se ampare derecho fundamental alguno, manifiesta que debe ordenarse la conformación de un comité técnico científico para su autorización y el mismo se lleve a cabo en la ruta MIPRES.

II. CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Carta Política y fue objeto de reglamentación a través del Decreto 2591 de 1991, instituida como un mecanismo subsidiario y residual, cuyo fin primordial es garantizar a todas las personas la posibilidad de exigir en todo momento y lugar, ante las autoridades jurisdiccionales, la pronta e inmediata protección de los derechos fundamentales, cuando estos se encuentren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y privada, siempre que esta última preste un servicio público.

1.- PROBLEMA JURÍDICO

En el caso que nos ocupa, el problema jurídico consiste en determinar si la **Nueva Empresa Promotora de Salud S.A (en adelante Nueva EPS)**, vulneró o no el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la integridad física de la demandante **Margot Quintero Galvis**, actuando en nombre propio, ante la presunta negación de los medicamentos tendientes a tratar su enfermedades respiratorias; asma, enfermedad pulmonar obstructiva y apnea del sueño.

2.- MEDIOS DE PRUEBA

- a. Copia del pantallazo en donde se verifica solicitud de medicamento no tramitable, por no tener registro sanitario vigente, perdido fuerza ejecución, suspendido o cancelado aportado por la accionante.
- b. Copia de la historia clínica de la accionante **Margot Quintero Galvis**.
- c. Fórmula médica del medicamento denominado Budesónida + Formoterol 320/9 mcg, signada por el médico tratante Dra. **Andrea Carolina Caballero**.
- d. Pantallazo del estado de vigencia del medicamento Symbicort Turbuhaler con estado de registro en el INVIMA: En trámite renovación.¹

3.- FUNDAMENTOS NORMATIVOS.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, 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.

"Artículo 86. 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.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, en cuanto previó:

"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 resulten vulnerados o

¹ http://consultaregistro.invima.gov.co:8082/Consultas/consultas/consreg_encabcum.jsp

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto..."

3.1.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

3.1.1.- De los presupuestos de la acción de tutela

La acción de tutela es un medio procesal de carácter constitucional para proteger y garantizar de manera efectiva los derechos constitucionales fundamentales de las personas: (i) Cuando éstos se encuentren amenazados o violados de manera actual, grave e inminente, (ii) Por la acción u omisión de una autoridad pública, (iii) Frente a un particular cuando presten servicios públicos y con dicha conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o el particular se encuentre en estado de subordinación o indefensión, (iv) Siempre que no exista otro mecanismo judicial ordinario de protección idóneo y eficaz para la efectiva garantía del derecho fundamental, (iv) o, existiendo dicho mecanismo ordinario la acción se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable del derecho fundamental, (v) La acción podrá ser interpuesta ante cualquier juez de la república o quien sea el competente y (vi) su trámite será informar, sumario y oficioso.

El presupuesto previo y elemental es la ocurrencia de "la acción u omisión" de la autoridad pública acusada de amenazar o vulnerar los derechos fundamentales.

Es decir, el presupuesto fáctico es una condición ineludible a partir del cual, el Juez realiza las valoraciones respectivas. Lo anterior, importa el deber por parte del accionante, para acreditar la carga de la prueba sobre los hechos que quiere hacer valer dentro del proceso y aun cuando dicha carga no es absoluta, porque el Juez puede actuar de forma oficiosa en aras de garantizar y proteger los derechos fundamentales.

Acudir a la acción de tutela es una apropiación directa de la Constitución y de los derechos por parte de quien considera que mediante una "acción u omisión", la administración o el particular afectan sus derechos en cuanto a su disfrute, ejercicio y goce. Este proceso de subjetivación de la Constitución es una nueva cultura de los derechos en el ámbito cotidiano de los ciudadanos que transforma nuestro constitucionalismo político en un normativo o militante.

3.1.2.- Del derecho fundamental a la salud

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud ya había recibido un tratamiento de carácter fundamental, tanto en sede de tutela, como en control de constitucionalidad, por la Corte Constitucional Colombiana, la cual se ha pronunciado en dicho sentido en diversas providencias, entre la que se destaca la sentencia T- 760 de 2008 al indicar que:

(...) "La jurisprudencia constitucional, desde su inicio, ha reconocido que la salud "(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo." La 'salud', por tanto, no es una

condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la 'ausencia de afecciones y enfermedades' en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es 'un estado completo de bienestar físico, mental y social' dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia." (...)"

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.

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."

Lo anterior fue, reiterado en la Ley 1751 de 2015, cuyo objeto precisamente fue el de "garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección", por lo que no hay lugar a dudas, acerca de fundamental de dicho derecho, ahora bien, dentro del mismo texto normativo, se indicó que respecto al contenido de dicho derecho que comprendía, el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, mejoramiento y promoción de salud.

Ahora bien, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de revisar el contenido de la Ley 1751 de 2015, estableciendo pautas importantes respecto de los elementos que conforman dicho derecho, estableciendo fundamentalmente lo siguiente:

"(...) El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: **a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;** b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud,(...); c)

Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos. (...)²

De igual forma nuestro Tribunal Constitucional, indicó en la misma providencia, respecto de los principios que comportan el derecho fundamental a la salud lo siguiente:

“(..): a) **Universalidad.** Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida; b) **Pro hómine.** Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas; c) **Equidad.** El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección; d) **Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido de manera intempestiva y arbitraria por razones administrativas o económicas;** e) **Oportunidad.** La prestación de los servicios y tecnologías de salud que se requieran con necesidad deben proveerse sin dilaciones que puedan agravar la condición de salud de las personas; f) **Prevalencia de derechos.** El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política.(...); h) **Libre elección.;** i) **Sostenibilidad.** El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal; j) **Solidaridad.** El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades; k) **Eficiencia.** El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población; l) **Interculturalidad.”** (Negrilla del Despacho)

Así mismo, debe reiterarse que se han delimitado situaciones por las cuales una persona es considerada de especial protección constitucional, siendo de mayor relevancia para el ordenamiento jurídico el correcto ejercicio de sus derechos fundamentales. Es así que la Corte Constitucional en su Sentencia T 050/ 10 con ponencia del Dr. **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** ha referido:

“...6. Protección especial a las personas de la tercera edad. Reiteración de jurisprudencia.

² Sentencia C-313-2014

La Constitución Política de 1991 establece que el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y que deberá proteger de manera especial a aquellas personas que, por su condición, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Lo anterior quiere decir que, como regla general, todos los individuos son iguales ante la ley, sin embargo, dentro de una sociedad existen sectores que en razón de **su edad, estado mental, físico** y económico, se encuentran en estado de debilidad o vulnerabilidad que los hace sujetos de especial protección y, por tanto, no pueden ser tratados de la misma manera que los demás. (Negrillas señaladas por el Despacho)

Uno de los grupos que merecen una especial protección constitucional está conformado por las personas pertenecientes a la tercera edad, pues con el transcurso del tiempo se ven obligadas a enfrentar el deterioro progresivo de su salud y, como consecuencia de ello, el padecimiento de enfermedades propias de la vejez. (...)

En razón de lo expuesto el derecho a la salud de las personas de la tercera edad adquiere carácter autónomo y por ello, teniendo en cuenta los principios del Estado Social de Derecho, "es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que requieran..." (Subraya el Despacho).

3.1.3.- Del derecho fundamental de la salud de las personas con especial protección constitucional

Este derecho, encuentra asidero constitucional en el artículo 46 de la constitución política, norma que determina la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, garantizado los servicios de la seguridad social integral.

En relación con los pronunciamientos por parte de las Altas Cortes, por un lado, la Corte Constitucional³ ha determinado que:

"los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y, es por ello, que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de las personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran"

Bajo este entendido, el Consejo de Estado⁴ ha precisado igualmente:

"A partir de esa consideración, esa Corporación ha reconocido una protección reforzada del derecho a la salud en las personas de la tercera edad que se

³ T 540 de 2002 y T-1111 de 2013.

⁴ Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radiación No. 11001-03-15-000-2014-03575-00(AC).

materializa con la garantía de una prestación continua, integral, permanente y eficiente de los servicios de salud que requieran, no solo en aquellos eventos de tratamiento de enfermedades físicas o mentales, sino también ante situaciones en las que está en riesgo la posibilidad de que una persona viva en condiciones de dignidad."

3.1.4.- Adultos mayores en el contexto de salubridad pública por el Covid-19

Respecto de este tópico, debe decirse que con ocasión a la declaración de estado de emergencia, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política al presidente de la república, materializado mediante el Decreto 417 de 2020, se tornó de obligatorio cumplimiento para las personas de la tercera edad (Decreto 470 de 2020), el aislamiento y cuarentena preventivo, extensivo hasta el 27 de marzo de 2020.

En este sentido, el Ministerio de Salud y Protección Social ha dispuesto para esta población vulnerable, una serie de pautas con el fin de mitigar su nivel de exposición, máxime si se tiene en cuenta, que parte de esta población puede tener, como en el *sub examine*, patologías relacionadas con problemas respiratorios o enfermedades de base, que en términos epidemiológicos puede representar un grado de consecuencias agudas en comparación con las personas que no tienen estos síntomas y en consecuencia debe ser observado por parte del estado, la sociedad y la familia, entendiendo dentro de este universo de participantes, a las empresas promotoras de salud y su obligación legal de propugnar por la satisfacción del derecho fundamental de la salud de sus afiliados.⁵

4.- CASO CONCRETO

4.1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva.

Del acervo probatorio allegado, se logra verificar que la accionante **Margot Quintero Galvis**, esta afiliada como beneficiaria en el régimen contributivo con la **Empresa Promotora de Salud Nueva EPS**, contando a la fecha con una fórmula médica para el medicamento denominado (Budesonida + Formoterol).

Medicamento que es utilizado para el tratamiento de las enfermedades que se vislumbran en la historia medica allegada igualmente al plenario; asma no especificada, enfermedad pulmonar obstructiva crónica no especificada y apnea del sueño.

Que en la actualidad la accionante cuenta con 70 años de edad y según narra en el escrito tutelar, no esta tomando el medicamento antes mencionado, por cuanto según se constata en el plenario el medicamento no cuenta con registro sanitario vigente.

⁵ <http://www.regiones.gov.co/Inicio/assets/files/84.pdf>

4.2.- Jurisprudencia constitucional en relación con la entrega de medicamentos sin registro sanitario del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA

La Corte Constitucional, ha determinado que la acreditación de un medicamento como alternativa terapéutica para el tratamiento de determinada enfermedad puede ocurrir por dos vías: la primera en virtud del pronunciamiento por parte de la autoridad sanitaria correspondiente, siendo esta la regla general; la otra, es el consenso que exista en la comunidad científica sobre el particular.

Al respecto, ha señalado esta Corporación lo siguiente:

*"Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas. Dentro de estos procesos de acreditación científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento."*⁶

De esta manera, si bien existe una regla general para la aceptación de algún medicamento en particular como lo es la mentada acreditación por parte del INVIMA, no es óbice para que las entidades encargadas de suministrarlo se rehúsen, puesto que la Corte Constitucional, ha trazado una regla jurisprudencial para estos casos, el cual se ha concretado de la siguiente forma:

"3.4.1. Que un medicamento se encuentre o no en fase experimental es una cuestión técnica y científica, no jurídica o administrativa. La decisión de si una persona requiere o no un medicamento, se funda, como se dijo, en las consideraciones de carácter médico especializado, pero aplicado al caso concreto, a la individualidad biológica de una determinada persona. No puede considerarse que una persona no 'requiere' un medicamento, a pesar de las consideraciones científicas del médico tratante, fundadas en la efectividad constatada y reconocida por la comunidad médica, por ejemplo, por el hecho de que el proceso de aprobación y autorización para comercializar el medicamento en el país no se han cumplido una serie de trámites administrativos.

*3.4.2. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional consideró en la sentencia T-975 de 1999 que una entidad encargada de garantizar a una persona el acceso a los medicamentos que requiera, violó su derecho a la salud cuando le negó el acceso a una droga que, con base en la mejor evidencia científica disponible, había sido ordenada por su médico tratante, por el hecho de que el medicamento no había sido aprobado aún por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA. Esta posición fue reiterada en la sentencia T-173 de 2003, pero en razón a que en el caso no se probó la existencia de evidencia científica suficiente para considerar que la persona sí requería el medicamento aún no aprobado para su comercialización nacional, se ordenó que se asegurara su suministro en caso de no existir un medicamento alternativo sí contemplado en el POS, que permitiera 'paliar la enfermedad de la accionante'. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en varias ocasiones."*⁷

⁶ T-597 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ Sentencia T-418 de 2011, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Así las cosas, para determinar que si existe suficiente evidencia física respecto de un medicamento, debe atenderse en primera medida, al criterio del médico tratante, quien es la persona idónea para establecer la necesidad del medicamento para el tratamiento integral de las patologías de sus pacientes (teniendo en cuenta su formación profesional), únicamente controvertible, cuando la entidad encargada de proporcionar el medicamento, soporta la negativa en un criterio médico disímil.⁸

En este orden de ideas, una vez se verifique que el medicamento o procedimiento, cuenta con el debido respaldo científico y que el mismo es adecuado para el tratamiento de las patologías que padece el paciente, es deber del juez constitucional, para conceder el amparo deprecado, acreditar los siguientes requisitos:

"(i) [que] la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

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

(iii) [que] el interesado no puede 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 ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo."⁹

Al cumplirse con estos supuestos, la entidad encargada de la entrega del medicamento, deberá hacerlo inmediatamente, independientemente que el financiamiento del mismo no recaiga en ella, por lo que esta habilitada a hacer el recobro ante el Fosyga o la entidad competente para ello.¹⁰

4.3 De la vulneración al derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la integridad física

Para mayor precisión frente al medicamento que presuntamente no ha sido entregado, es pertinente acotar lo siguiente:

Código ATC ¹¹	Descripción ¹²	Principio Activo	Forma Farmacéutica	Cantidades
R03AK07	Symbicort Turbuhaler	Budesonida y formoterol 320/9 MCG	Polvos para no reconstruir	6/Inhalador

Como se menciona anteriormente, es menester verificar los requisitos que ha consagrado la jurisprudencia de la Corte Constitucional para dar solución al

⁸ Sentencia T-027 de 2015, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹ Sentencia T-760 de 2008, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ T-027 de 2015.

¹¹ Obtenido de la página web del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹² Descripción obtenida del resumen y comentarios del diagnóstico de la historia clínica de la accionante.

planteamiento del problema y determinar si es procedente o no conceder el amparo a los derechos fundamentales alegados y otorgar el medicamento antes acotado.

En primer lugar, se observa que el medicamento solicitado, no es financiado con recursos de la unidad de pago por capitación y se prescribe a través de la plataforma MIPRES, por lo según la contestación de la entidad accionada, deben seguirse los siguientes pasos:

“En caso en que los medicamentos no estén incluidos dentro los servicios y tecnologías de salud, financiados con recursos de la UPC, el procedimiento es el siguiente:

- *Una vez se obtiene la orden médica y los soportes respectivos para el trámite de Comité Técnico Científico (CTC) o tutela, nuestros afiliados deben dirigirse a las Oficinas de Atención al Afiliado (OAA).*
- *En la Oficina de Atención al Afiliado (OAA) validan los soportes y proceden a radicar la solicitud.*
- *Se informa al afiliado el tiempo en que podrá reclamar su autorización, teniendo en cuenta los períodos establecidos para cada proceso.*
- *Una vez autorizada la solicitud del afiliado por CTC o tutela, la oficina procede a entregar la autorización e informar a cuál farmacia debe dirigirse el usuario para reclamar los medicamentos autorizados”*

En el *sub judice* se estaría ante la segunda situación, como quiera que la radicación no prosperó teniendo en cuenta que el medicamento no contaba con registro sanitario vigente.

Seguidamente se observa que la evidencia científica que se requiere para la autorización del medicamento se acredita, en la medida en la que existe una fórmula emitida por parte de la médico tratante Dra. **Andrea Caballero P**, quien recomendó y ha recomendado la entrega del medicamento **budesónida y formoterol 320/9 MCG**, mismo que se refiere en la historia clínica de la Nueva EPS, por lo que en ese sentido, se logra establecer la idoneidad del medicamento para el tratamiento de las patologías que padece la accionante.

Sumado a esto y contrario a lo que manifiesta la accionante y según se desprende de la información obtenida de la página web del INVIMA en el enlace consulta de registros sanitarios, el medicamento Symbicort Turbohaler si tiene registro sanitario cuyo expediente corresponde al No. 19945455, estado registro: en renovación. Situación que lleva a concluir que, si bien no tiene registro vigente, si lo tuvo en el pasado y se comprueba de otra manera la evidencia científica para avalar el uso de este medicamento para los padecimientos de la accionante.

Por otro lado, frente a los requisitos establecidos en la sentencia T-760 de 2008, se logra probar que:

(i) la falta del medicamento vulnera los derechos a la salud, vida e integridad física de la accionante, habida cuenta de su diagnóstico (Asma, enfermedad pulmonar obstructiva y apnea del sueño) y la situación actual de estado de

emergencia por la pandemia denominada covid-19 (al estar aislada en su casa y no poder salir por el riesgo que esto supone,

(ii) como quiera que la entidad accionada no otorgó información de la existencia de otros medicamentos compatibles y al demostrarse que el medicamento formulado cuenta con la suficiente evidencia científica, se acreditar el 2º requisito dictado por la jurisprudencia,

(iii) Sí bien no se tiene certeza de si puede costear o no el medicamento, debido a la situación de salubridad pública, existen riesgos en que tenga que salir de su casa para la obtención del medicamento y,

(iv) el medicamento fue ordenado por un medico adscrito a la Nueva EPS.

En ese orden de ideas se vislumbra la afectación al derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida y la integridad física de la accionante, al presentarse barreras administrativas¹³ para la entrega del medicamento ordenado por la galeno tratante para el tratamiento de sus patologías, por lo que en consecuencia, se amparará el derecho mencionado y se **ordenará** a la **Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.** que, dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de este fallo, autorice y haga entrega a la accionante del medicamento que se identifica a continuación:

Código ATC ¹⁴	Descripción ¹⁵	Principio Activo	Forma Farmacéutica	Cantidades
R03AK07	Symbicort Turbuhaler	Bodesonida y formoterol 320/9 MCG	Polvos para no reconstruir	6/Inhalador

Respecto de la dosis y cantidad, deberá observar la formula médica que se acompasa en las pruebas de la acción de tutela.

Para la entrega del medicamento, teniendo en cuenta la declaratoria de emergencia y las patologías de la accionante, **deberá** hacer la entrega del mismo a domicilio, a la dirección física que se aporta en el escrito de tutela, esto es: **Avenida Jiménez No. 4 – 03, apartamento 1303 de la ciudad de Bogotá D.C.**

Por las razones que se han expuesto, el **Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

¹³ La prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios, específicamente por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En ese sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los afiliados, porque se obstaculiza su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y arbitrario de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados. Sentencia T-673 de 2017.

¹⁴ Obtenido de la página web del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁵ Descripción obtenida del resumen y comentarios del diagnóstico de la historia clínica de la accionante.

- Primero.- TUTELAR** el derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la integridad física de **Margot Quintero Galvis**, identificada con la cédula de ciudadanía número 41.422.312 de Bogotá D.C.
- Segundo.-** En consecuencia del numeral anterior **ORDENAR** a la **Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.**, a través de su **Presidente Dr. José Fernando Cardona Uribe** y/o quien haga sus veces y/o haya delegado para el cumplimiento de las órdenes de tutela que, dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de este fallo, **autorice y haga entrega** a la accionante del medicamento que se identifica a continuación:

Código ATC ¹⁶	Descripción ¹⁷	Principio Activo	Forma Farmacéutica	Cantidades
R03AK07	Symbicort Turbuhaler	Budesonida y formoterol 320/9 MCG	Polvos para no reconstruir	6/Inhalador

Respecto de la dosis y cantidad, **deberá** observar la fórmula médica que se acompaña en las pruebas de la acción de tutela.

Para la entrega del medicamento, teniendo en cuenta la declaratoria de emergencia y las patologías de la accionante, **deberá** hacer la entrega del mismo a domicilio, a la dirección física que se aporta en el escrito de tutela, esto es: **Avenida Jiménez No. 4 - 03, apartamento 1303 de la ciudad de Bogotá D.C., mientras rijan las condiciones que dieron origen al confinamiento por la emergencia sanitaria.**

- Tercero.-** **Notificar personalmente, por notificación electrónica como forma de notificación personal o por el medio más expedito al Presidente de la Nueva EPS Dr. José Fernando Cardona Uribe**, a quien se les entregará una copia de este fallo en su integridad para su cumplimiento y de igual modo, a la parte accionante, en las direcciones que aparecen en estas diligencias.

- Cuarto.-** En caso de no ser impugnado el presente fallo, por Secretaría envíese el presente expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAIME ENRIQUE SOSA CARRILLO
 Juez

¹⁶ Obtenido de la página web del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁷ Descripción obtenida del resumen y comentarios del diagnóstico de la historia clínica de la accionante.