

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

**Correos electrónicos:
jadmin30bta@notificacionesrj.gov.co
admin30bt@cendoj.ramajudicial.gov.co**

Bogotá, D.C., siete (07) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso : AT 11001 33 35 030 2020 00125 00.
Accionante : Mónica Torres Castellanos.
Accionado : Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – Nueva EPS.
Decisión : Sentencia Primera Instancia.

OBJETO.

Resolver la acción de tutela presentada por MÓNICA TORRES CASTELLANOS para que se le amparen los derechos fundamentales de la vida, la salud y la seguridad social amenazados o vulnerados por la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – NUEVA EPS-.

II. SÍNTESIS FÁCTICA.

MÓNICA TORRES CASTELLANOS solicita que se le amparen los derechos fundamentales de la vida, la salud y la seguridad social que considera amenazados o conculcados por la NUEVA EPS, toda vez que no le ha sido entregado el medicamento denominado RIOCIGUAT 2,5, de 84 pastas, ya que se encuentra diagnosticada con Hipertensión Pulmonar, secundaria a un tromboembolismo pulmonar, siendo una enfermedad grave y mortal, que debe ser controlada con medicamentos de por vida. El 19 de mayo de la presente anualidad tuvo cita médica por teleconsulta con el doctor CARLOS FELIPE

DUQUE, médico general de la EPS, para que le enviara el medicamento RIOCIGUAT 2,5, en razón que en el mes de mayo no reclamó la fórmula en farmacia por cumplir la cuarentena impuesta por el Gobierno, y este medicamento se lo envió hace tiempo su médico tratante doctor AMADOR DE JESÚS OVALLE.

Conforme lo anterior, la accionante se dirigió a la EPS con la fórmula médica y la historia clínica, para que le autorizaran dicha orden, donde la EPS le informó que la solicitud del medicamento (RIOCIGUAT 2,5 mg/1U), se encuentra en estado no tramitable por la causal de *“Inconsistencia en datos de prescripción (se requiere ampliación de la justificación médica de la solicitud teniendo en cuenta indicaciones INVIMA del medicamento)”*, siendo necesario que se remita con su médico tratante para validar la corrección de la formulación y, a la fecha, no le ha sido entregado el medicamento, el cual es necesario para su salud y enfermedad que padece.

En consecuencia, solicita que se le amparen lo derechos fundamentales invocados y, por contera, se le ordene a la entidad accionada **i)** hacer entrega inmediata del medicamento solicitado RIOCIGUAT 2,5 para continuar con el tratamiento médico ordenado, **ii)** se garantice la entrega permanente del medicamento sin demora alguna, en la cantidad y periodicidad que ordene el médico tratante, y **iii)** se exonere de copagos y cuotas moderadoras por la patología que padece.

Finalmente, la accionante solicitó como medida provisional, mientras se decidía de fondo la petición de amparo, la entrega del medicamento (RIOCIGUAT 2,5), por encontrarse su vida y salud en peligro.

III. DEL ACERVO PROBATORIO RECOLECTADO.

Las partes junto con el escrito de tutela y de contestación allegaron copia **i)** copia de diagnóstico médico (Arteriografía Pulmonar) sin fecha, expedido por el doctor Manuel Jhon Lievano Triana, **ii)** copia simple de Servicio de Hemodinamia -Arteriografía Pulmonar con cateterismo derecho e izquierdo del 27 de septiembre de 2018 del Instituto de Cardiología, **iii)** copia fórmula médica expedida el 7 de octubre de 2019, en la cual consta como enfermedad huérfana, Hipertensión

Pulmonar Tromboembolica Crónica, y medicamento formulado denominado RIOCIGUAT 2,5MG/1U, iv) copia fórmula médica expedida el 19 de mayo de 2020, en la cual consta como diagnóstico, Hipertensión Secundaria no especificada, y medicamento formulado denominado RIOCIGUAT 2,5MG/1U, y con sello de radicado ante la Nueva EPS del 16 de junio de 2020.

IV. TRÁMITE PROCESAL.

Admitida la demanda se notificó personalmente, por vía electrónica, a la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – Nueva EPS-, entidad que presentó escrito de contestación del 30 de junio de 2020, donde señala que revisada la base de datos de la EPS, figura afiliada la accionante MÓNICA TORRES CASTELLANOS, en el Régimen Contributivo, Categoría B, a quien le han asumido todos los servicios médicos requeridos en distintas ocasiones, para el tratamiento de todas las patologías presentadas en los periodos que ha tenido afiliación con la EPS, garantizando la prestación de los servicios de salud dentro de su red de prestadores, según lo ordenado por el médico tratante y de acuerdo con la Resolución 5269 de 2017 y demás normas concordantes.

Indica que de la presente acción se dio traslado al área técnica de la NUEVA EPS con el fin de que realizaran el correspondiente estudio del caso revisando la prescripción y su pertinencia para el paciente, las tecnologías que efectivamente se encuentren excluidas de los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y sobre aquellas que deben ser asumidas por otra entidad con cargo a recursos diferentes a los del Sistema de Salud, como gestionar lo pertinente.

Por otra parte, trae de referente varias sentencias de tutela de la Corte Constitucional, para indicar que el juez constitucional no es competente para controvertir la idoneidad de los tratamientos médicos o medicamentos prescritos, pues, esta decisión sólo corresponde a los médicos y el Comité Técnico Científico, y respecto a los medicamentos no POS que carezcan de registro de INVIMA, el juez no puede ordenar una medicina que se encuentre en etapa experimental y se debe evitar el grave riesgo en la vida del paciente, siendo

necesario evaluar la prescripción del médico tratante, por tanto no puede autorizar la entrega de un medicamento que no tiene registro.

Asimismo, manifiesta que la NUEVA EPS maneja una política de entrega de medicamentos, tanto para aquellos que están incluidos en el POS y para los que no lo están, siendo requisito imprescindible la orden médica expedida por el médico tratante que los prescriba, tal y como lo dispone el Decreto 2200 de 2005. Que en caso de que el medicamento objeto de amparo no se encuentre incluido en el POS, solicita se tenga en cuenta el trámite dispuesto por la EPS y se acceda al recobro del 100% ante el ADRES, o, ante la inexistencia de este, permitir que el médico tratante evalúe la posibilidad de cambiarlo.

Finalmente señala que no es procedente tutelar hechos futuros e inciertos, anticipándose a intuir el incumplimiento de las funciones legales y estatutarias de la accionada, y para el caso de la referencia, no se ha vulnerado los derechos fundamentales del afiliado, ya que la NUEVA EPS ha garantizado desde la fecha de afiliación del usuario todas las prestaciones asistenciales que ha requerido para el tratamiento de su patología. Por tanto, solicita denegar la presente acción, se ordene una valoración del medicamento a través del Comité Técnico Científico para que se valore la posibilidad de reemplazo del medicamento solicitado, toda vez que no cuenta con registro INVIMA, se vincule al INVIMA para que se pronuncie de los hechos de la demanda, vincular al médico tratante para que informe la evidencia científica sobre la seguridad y eficacia de los elementos ordenados al usuario, entre otros aspectos.

Conforme lo expuesto anteriormente, mediante auto del 30 de junio de 2020, se negó la vinculación del INVIMA y de los médicos tratantes y, se ordenó como **medida provisional** para que en el término de los dos (2) días siguientes a la notificación de la providencia, la NUEVA EPS someta el medicamento a consideración del COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO, al cual podrán asistir los médicos de la accionante, y el resultado del mismo se informe de manera inmediata a este juzgado.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

Objeto de la acción de tutela.

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares encargados de la prestación de servicios públicos y en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

La referida acción tiene carácter supletorio o excepcional, procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991. También procede contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en el capítulo de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito¹.

Competencia.

Atendiendo lo señalado en los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y el 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1938 de 2017, este juzgado es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, por cuanto la accionada ostenta la calidad de entidad descentralizada del orden nacional.

Del caso a debatir.

¹ Art. 5 Decreto Ley 2991 de 991.

En el presente asunto se observa que MÓNICA TORRES CASTELLANOS solicita que se le amparen los derechos fundamentales de la vida y la seguridad social en salud, que considera amenazados o vulnerados por la entidad accionada, toda vez no han autorizado la entrega del medicamento denominado RIOCIGUAT 2,5MG/1U/, ordenado mediante fórmula médica el 19 de mayo de 2020, por medicina general, que es necesario para el tratamiento de su diagnóstico de Hipertensión Pulmonar Tromboembólica Crónica.

Problema Jurídico por resolver.

¿La Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. -Nueva EPS- vulnera los derechos fundamentales invocados por la accionante al negar la entrega del medicamento denominado RIOCIGUAT 2,5MG/1U/, para el tratamiento de su patología?

Solución del caso.

De conformidad con el artículo 48 constitucional, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, establece, entre otros aspectos, que *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.... Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social....El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”* (Negritas fuera del texto original).

Así mismo, el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

En desarrollo de las anteriores normativas, el Gobierno Nacional expidió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, en la cual le atribuyó al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconoció su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) *trato a la persona conforme con su humana condición*(...)”².

Ahora bien, frente a la patología que padece la accionante (Hipertensión Pulmonar secundaria a un tromboembolismo pulmonar), se encuentra enlistada dentro de las enfermedades huérfanas por el Ministerio de Salud³, y donde la Ley 1751 de 2015, en su artículo 11 dispone:

“Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, **personas que sufren de enfermedades huérfanas** y personas en condición de discapacidad, **gozarán de especial protección por parte del Estado.** Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención” (Negrilla fuera de texto original).

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 402 de 2018, consideró:

“(...) El derecho a la salud para personas con enfermedades huérfanas. El artículo 2 de la Ley 1392 de 2010, modificado por el artículo 140 de la Ley 1438 de 2011, define las enfermedades huérfanas, como aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, las cuales se catalogan como enfermedades raras, ultra huérfanas y olvidadas.

El Ministerio de Salud y Protección Social ha precisado que las denominadas enfermedades raras son aquellas que afectan a un número pequeño de personas en comparación con la población general y que, por su rareza, plantean cuestiones específicas. Estas enfermedades se caracterizan por ser potencialmente mortales o debilitantes a largo plazo, de baja prevalencia y alto nivel de complejidad. (...).

El reconocimiento de las enfermedades huérfanas es un asunto de interés nacional. **Según el artículo 3 de la Ley 1392 de 2010, el Gobierno Nacional tiene el deber de reconocerlas para garantizar el acceso a los**

² Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Resolución 5265 del 27 de noviembre de 2018, del Ministerio de Salud y Protección Social.

servicios de salud y tratamiento y rehabilitación a las personas que se diagnostiquen con aquellas enfermedades, a fin de beneficiar efectivamente a esta población con los diferentes planes, programas y estrategias de intervención en salud, llevadas a cabo por el Ministerio de la Protección Social. En consecuencia, con el fin de mantener unificada la lista de denominación de las enfermedades huérfanas, el referido Ministerio debe emitir y actualizar esta lista cada dos años a través de acuerdos con la Comisión de Regulación en Salud (CRES) o el organismo competente. (Negrilla fuera de texto original).

La Entidad también encontró que, dentro de los problemas que experimentan las personas que padecen de este tipo de enfermedades se encuentran: la dificultad de obtener un diagnóstico exacto, opciones de tratamiento limitadas, poca investigación sobre su enfermedad, tratamientos de alto costo, y en general, falta de información e incertidumbre asociada a su estado de salud y tratamiento médico. **Lo anterior justifica que estos pacientes sean reconocidos, conforme al artículo 11 de la Ley 1751, como sujetos de especial protección constitucional en el Sistema de Salud, de modo que “su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”.** (Negrilla fuera de texto original).

Por último, es relevante mencionar que con la finalidad de disminuir la falta de información sobre enfermedades huérfanas, el Ministerio reconoce como herramienta académica la base de datos de información de enfermedades huérfanas, *Orphanet*, una herramienta educativa construida en colaboración de las sociedades científicas y las asociaciones de pacientes, para brindar información de referencia sobre enfermedades raras (...).

Ahora bien, con relación al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, la H. Corte Constitucional en sentencia T – 705 de 2017, consideró:

“(...) la propia jurisprudencia ha señalado que **el principio de integralidad** supone que el servicio suministrado debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida. En ese sentido, **este Tribunal ha sido enfático al señalar que: “en virtud del principio de integralidad en materia de salud, la atención y el tratamiento a que tiene derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente** que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos por la ley”. (Negrillas fuera del texto original).

Aunado a lo anterior, respecto del suministro de medicamentos no contemplados en el POS con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna,

y la seguridad social en salud, la H. Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2016, estableció:

“(…) El Plan Obligatorio de Salud (POS) está regulado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, que fue actualizada mediante la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social. Dicha regulación establece la reglamentación con base en la que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) deben prestar a sus afiliados el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud. De manera que, la exigibilidad de medicamentos, elementos y servicios médicos está supeditada, en principio, a que forme parte del POS.

12. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente y uniforme al establecer que le corresponde al juez de tutela determinar si la aplicación exegética de la normatividad que regula el POS en cuanto a aquellos servicios, medicamentos y elementos no incluidos conlleva a una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social. En ese escenario, el juez de tutela debe inaplicar en el caso concreto dicha reglamentación con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados.[28] Es decir que en esos casos tiene lugar la aplicación directa de la Constitución y, en consecuencia, debe concederse el suministro del medicamento o el elemento solicitado, o llevar a cabo el procedimiento o servicio requerido por el paciente.

(…)

De manera que, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud no se refiere únicamente a la garantía de medicamentos y procedimientos considerados científicamente como vitales, sino que también incluye el acceso a aquellos elementos y servicios necesarios para que el ser humano pueda mantener una normalidad orgánica funcional, tanto física como mental. Esta concepción del derecho a la salud hace explícita su relación con el principio de dignidad humana; de acuerdo con el que, se debe “garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.[30]

(…)

“[L]as personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad.”[33](…)” (Negrilla fuera de texto original).

Conforme a lo anterior, respecto de las subreglas que las EPS deben revisar para el suministro de medicamentos no contemplados en el POS y de la

prevalencia de la orden médica, la H. Corte Constitucional en sentencia T-745 de 2013, considero:

“Las EPS antes de inaplicar la normativa que reglamenta las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, deben verificar las subreglas de procedencia para los medicamentos o servicios no contemplados en el POS, las cuales han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional[47] de la siguiente forma:

- **Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios, vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal.**
- **Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan.**
- **Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.**
- **Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halle afiliado el demandante, o que si bien fuere prescrito por un médico externo no vinculado formalmente a entidad, la EPS, que conoce la historia clínica particular de la persona, al conocer la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en criterios médico- científicos[48].**

Cumplidas estas condiciones, la EPS se encuentra obligada a entregar el medicamento, realizar la prueba diagnóstica o ejecutar la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante, de forma oportuna, eficiente y con calidad. La EPS puede a su vez, con el fin de preservar el equilibrio financiero, solicitar el reembolso de las sumas pagadas por los servicios prestados o los medicamentos entregados, cuyo costo no estaba obligada a asumir, y para ello puede repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-[49].

Dicho recobro tiene como finalidad garantizar el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues “el sistema de seguridad social está a cargo del Estado y éste, cuando la situación lo amerite, procederá a cubrir los gastos extras que se generen en aras de garantizar la satisfacción del derecho sub judice”[50].

(...)

En el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad.

Específicamente, el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes

requisitos: (i) cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología[51].

La jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como “médico tratante”.

Concretamente, se deduce que el médico tratante, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la controvirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité Científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista”[52].

Sobre este punto, es importante anotar que de los conflictos surgidos entre el criterio del médico tratante y el del Comité Científico en torno a si una persona necesita o no un servicio médico o tratamiento excluido del POS, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia T-344 de 2002: “mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.[53]”

Lo anterior se traduce en que en el evento en que se encuentren contemplados en el POS tratamientos que puedan sustituir el recomendado por el galeno, pero este último insta a la EPS que lo autorice por ser el único efectivo para el manejo de la enfermedad del paciente, el concepto del médico tratante no se puede desconocer, a menos que concurran razones médico-científicas que desvirtúen lo prescrito por aquel.

Adicionalmente, esta Corporación ha establecido circunstancias en las que el acceso a los servicios y/o tratamientos de salud, debe ser garantizado de manera inmediata. En este orden de ideas, la sentencia C-936 de 2011 expresó que en el evento en que se estuviera en presencia de una urgencia en el suministro de los servicios de salud y medicamentos excluidos del POS, la EPS debe proveer el medicamento o servicio de forma inmediata, sin perjuicio de la revisión posterior del Comité Técnico Científico[54]. La citada providencia dispuso lo siguiente:

(...)

En este orden de ideas, las entidades prestadoras de salud tienen el deber de autorizar de manera inmediata servicios de salud y/o medicamentos no incluidos en el plan de beneficios, sin someter su suministro a previa autorización del Comité Técnico Científico o de la Junta Técnico-Científica de Pares, cuando conforme a lo dispuesto por el médico tratante, se requieran de forma urgente para salvaguardar la vida y/o la integridad del paciente afectado, sin perjuicio de la

revisión posterior por parte de dichas entidades.” (Negrilla fuera de texto original).

También, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 001 de 2018 precisa el objetivo de facilitar la entrega de medicamentos dispuestos en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, y de aquellos que No cuentan con el registro sanitario del INVIMA, así:

“(…) 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)^[38].

4.1. Solicitud de medicamentos que no cuentan con el registro sanitario del INVIMA

De esta manera, en sentencia T-027 de 2015^[42] se mencionó:

“De ese modo, la expedición del registro por parte del INVIMA constituye la acreditación formal del medicamento correspondiente; la informal, estaría dada por la aceptación de la comunidad científica del hecho de que determinado medicamento sirve para tratar una patología en particular. En ausencia de dicha acreditación, se estará entonces en presencia de un medicamento de los denominados no comprobados o en fase experimental, que son “aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente”.

A partir de esta distinción, la Corte Constitucional ha sentado una regla jurisprudencial en relación con **la posibilidad de que, por la vía de la acción de tutela, sea exigible la entrega de medicamentos que no cuentan con registro sanitario del INVIMA, de acuerdo con la cual, será procedente el amparo tutelar cuando quiera que se trate de medicamentos que están acreditados en la comunidad científica respecto de su idoneidad para el tratamiento de determinada patología y siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos que no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.** Quedan excluidos entonces los medicamentos experimentales, frente a los cuales no existe suficiente evidencia científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad”. (Negrilla fuera de texto original).

Por otro lado, la Corte en vigencia del modelo anterior a la Ley 1751 de 2015, también se ha pronunciado respecto de la negativa del CTC, al negar el suministro de un medicamento por la simple razón de no contar con registro del INVIMA. En este sentido la sentencia T-243 de 2015^[43] refiere:

“se debe analizar si el derecho a la salud se encuentra comprometido ante tal negativa. **En palabras de la Corte, “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 vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano”.** (Negrilla fuera de texto original).

Por lo tanto, la jurisprudencia de esta Corporación, ha dicho que las órdenes del médico tratante, sin importar la fase de la atención en salud, toman una connotación de fundamental respecto del paciente, habida cuenta que se fundan en un criterio científico y objetivo del galeno para la protección del derecho a la salud (...)

Ahora bien, como la accionante solicita sea eximida del pago de cuotas moderadoras y copagos por su patología, al respecto la H. Corte Constitucional en sentencia T-402 de 2018, señaló:

“5.1.1. El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se regula el Sistema de Seguridad Social Integral, establece la existencia de *pagos moderadores*, los cuales tienen por objeto racionalizar y sostener el uso del sistema de salud. Esta misma norma aclara que dichos pagos deberán estipularse de conformidad con la situación socioeconómica de los usuarios del Sistema, pues bajo ninguna circunstancia pueden convertirse en barreras de acceso al servicio de salud.

5.1.2. Como desarrollo de lo establecido en la Ley 100 de 1993, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el Acuerdo 260 de 2004, en el que se definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El mencionado Acuerdo se encargó de establecer: (i) las clases de pagos moderadores, (ii) el objeto de su recaudo, (iii) la manera cómo estos se fijan y (iv) las excepciones a su pago.

5.1.6. Ahora bien, el precitado Acuerdo, en su artículo 7º, hace referencia a las excepciones a la cancelación de copagos de la siguiente forma:

“Artículo 7º. Servicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: 1. Servicios de promoción y prevención. // 2. Programas de control en atención materno infantil. // 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles. // 4. **Enfermedades catastróficas o de alto costo.** // 5. La atención inicial de urgencias. // 6. Los servicios enunciados en el artículo precedente”.^[64] (Subrayado fuera del texto original). (Negrilla fuera del texto original).

5.2. Exoneración de copagos para personas con enfermedades catastróficas o huérfanas

De conformidad con el anterior acápite, está claro que las enfermedades catastróficas o de alto costo constituyen una excepción a la aplicación del sistema de copagos. (...).

Por su parte, la Ley 1438 de 2011^[73] establece como deberes en cabeza del Gobierno Nacional, de un lado, (i) realizar la actualización del POS, “una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios”^[74]; y de otro lado, (ii) la evaluación integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud cada cuatro (4) años, con base en indicadores como “la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo”^[75], con la finalidad de complementarlas.

Así, la Corte en la sentencia T-399 de 2017^[77] precisó que “las enfermedades huérfanas también se consideran enfermedades de alto costo y, en ese orden, se encuentran incluidas en la cuenta encargada de administrar los recursos de las enfermedades catalogadas como de Alto Costo”. Sobre el particular, esta providencia se refirió al artículo 4 del Decreto 1954 de 2012 “[p]or el cual se dictan disposiciones para implementar el sistema de información de pacientes con enfermedades huérfanas”, el cual estableció un reporte inicial de los datos del censo de pacientes con enfermedades huérfanas a la Cuenta de Alto Costo. (Negrillas fuera del texto original).

En conclusión, la Corte afirmó que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo, en las que se incluyen las enfermedades denominadas huérfanas, adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado.^[79] (Negrillas fuera del texto original).

En virtud de lo expuesto, al analizar la situación fáctica, el acervo probatorio y las pretensiones de la acción, se observa que en el presente evento la accionante allegó prueba de la fórmula médica del 19 de mayo de 2020 donde el doctor Carlos Felipe Duque, le prescribe el medicamento denominado RIOCIGUAT 2,5MG/1U, no obstante, la accionada se negó a realizar la entrega del medicamento por inconsistencia en datos de prescripción, dosis, frecuencia, administración, cantidad total o información insuficiente para identificar el servicio. Al respecto, advierte el despacho que revisada la fórmula médica, la vigencia de la prescripción es la establecida en la Resolución 1885 de 2018⁴ del Ministerio de

⁴ Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.

Salud y Protección Social, es decir, se hace la utilización de la Herramienta Tecnológica – MIPRES-, en razón que dicha prescripción no se encuentra cubierta por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, y que dicha tecnología como lo expuso la H. Corte Constitucional facilita el acceso a los medicamentos, sin perjuicio de que la entidad de salud administrativamente realice el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

Ahora bien, la NUEVA EPS en la contestación de la presente acción, indica que el medicamento no está incluido en el POS y no cuenta con el registro por el INVIMA, lo que hace que el mismo deba ser sustituido por uno que se encuentre en el POS y no se encuentre en fase experimental; circunstancias que para este juez no deben obstaculizar el suministro del medicamento, ya que de la normativa antes citada es clara al señalar cómo debe proceder la EPS ante los medicamentos no incluidos en el POS y no contar con el registro INVIMA, atendiendo lo expuesto por la H. Corte Constitucional en el precedente judicial precitado ya que prevalece la orden médica del galeno tratante, a menos que existan razones científicas que lo desvirtúen y, para el caso, a la fecha no sucede porque el Área Técnica y el Comité Técnico Científico de la EPS no han emitido pronunciamiento alguno al respecto.

No obstante lo anterior, como la H. Corte Constitucional ha sostenido que el Plan Obligatorio de Salud establece la reglamentación con base en la que las Entidades Promotoras de Salud deben prestar a sus afiliados el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud, con observancia de las subreglas para inaplicar las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, advierte el despacho que para el presente asunto la entidad accionada, antes de negar el suministro del medicamento mencionado debieron revisar **i)** si la exclusión del medicamento vulnera o pone en inminente riesgo los derechos fundamentales a la vida e integridad personal; **ii)** que se trate de un medicamento que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; **iii)** que la capacidad económica del paciente no sea suficiente para sufragar el costo del medicamento requerido y/o que no pueda acceder a él por otro sistema o plan de

salud y **iv)** que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halle afiliado el demandante.

En consecuencia, una vez revisadas estas condiciones encuentra el despacho que la actora está inmersa dentro de las mencionadas subreglas toda vez que, **i)** la exclusión del medicamento pone en riesgo los derechos fundamentales de la actora al tratarse de un medicamento utilizado para el tratamiento de la patología que padece (Hipertensión Pulmonar), considerada como una enfermedad huérfana, por lo que es un sujeto de especial protección constitucional, **ii)** que además de ser prescrito por un médico adscrito a la EPS, a la cual se encuentra afiliada la accionante, como consta en la referida fórmula médica, la NUEVA EPS no tramitó la orden médica por inconsistencia en datos de prescripción, más no por no encontrarse dentro del POS, o por no contar con registro INVIMA, donde la EPS podía haber tramitado la mencionada orden, ya que era su deber revisar la Historia Clínica de la accionante, la cual debe reposar en la Herramienta MIPRES, de donde se prescribió el medicamento y, **iii)** conforme a lo dispuesto en el Plan Obligatorio de Salud, las EPS deben prestar a sus afiliados el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud, ya que la accionante indica no contar con recursos para gastos médicos. Además, se ve afectada por el pago de las cuotas moderadoras y copagos que se le han venido cobrando y, que atendiendo lo expuesto por la H. Corte Constitucional, la accionante se encuentra exonerada de los mismos de conformidad con la Ley 100 de 1993 y Acuerdo 260 de 2004, ya que padece una enfermedad considerada huérfana como se enlista en la Resolución 5265 de 2018 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, y por tanto, adquiere el status de sujeto de especial protección constitucional.

Por lo tanto, al encontrarse la actora dentro de los parámetros establecidos por la H. Corte Constitucional, la EPS debía entregar de forma oportuna el medicamento ordenado por el médico tratante, puesto que **i)** se autorizó un servicio y/o tratamiento basado en información científica, **ii)** se debió tener en cuenta la historia clínica de la persona para autorizarlo, más aún que el médico hizo uso de la herramienta MIPRES y **iii)** según lo afirmado por la accionante el diagnóstico de su enfermedad es de hace algunos años, estando en constantes citas médicas.

En este orden de ideas, la entidad demandada prestadora de salud como tiene el deber de autorizar de manera inmediata la entrega del medicamento no incluido en el plan de beneficios, atendiendo las consideraciones que se han venido expuesto, motivo por el cual, sin más consideraciones, se amparará el derecho a la seguridad social en salud.

En consecuencia, se ordenará a la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS-, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia entreguen, sin dilación alguna, a MÓNICA TORRES CASTELLANOS el medicamento denominado RIOCIGUAT 2,5MG/1U ordenado mediante fórmula médica el 19 de mayo de 2020 por el Dr. Carlos Felipe Duque, médico de esa EPS, entregando la cantidad requerida para los días señalados en la mencionada orden, dado que a la fecha el Comité Técnico Científico no se ha pronunciado ni comunicado el resultado de su análisis, a pesar de habersele librado una medida de carácter provisional, es decir, el Comité Técnico Científico, basado en conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y con un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, no ha considerado lo contrario al médico tratante; tampoco demostró que médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y que los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano.

En todo caso, se advierte que mientras el médico tratante recete el medicamento *ut supra* la NUEVA EPS deberá garantizar su entrega permanente sin demora alguna, en la cantidad y periodicidad que lo ordene hasta cuando el CTC no cumpla con las exigencias establecidas por la H. Corte Constitucional.

La NUEVA EPS podrá solicitar, en los términos de la Resolución 1885 de 2018, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- la ADRES- el recobro de las sumas pagadas por el valor de los medicamentos entregados a partir de esta decisión y hasta cuando el médico tratante lo formule, cuyo costo no está obligada a asumir; quedando la accionante eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el

régimen contributivo, por los motivos expuestos en el precedente constitucional citado.

No se amparará directamente el derecho fundamental a la vida invocado por la accionante, porque en la medida que se atiendan las órdenes impartidas cesará su posible amenaza.

Finalmente, se advierte a los sujetos procesales que la presente decisión puede ser impugnada de acuerdo lo regulado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Tutelar el derecho fundamental de la seguridad social en salud de MÓNICA TORRES CASTELLANOS, identificada con cédula de ciudadanía 51.953.142 ante la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS-, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo.- Ordenar a la Vicepresidencia de Salud y al Gerente Regional de Bogotá de la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS-, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, **si aún no lo ha hecho**, entreguen sin dilación alguna a MÓNICA TORRES CASTELLANOS el medicamento denominado RIOCIGUAT 2,5MG/1U ordenado mediante fórmula médica el 19 de mayo de 2020 por el Dr. Carlos Felipe Duque, médico de esa EPS, entregando la cantidad requerida para los días señalados en la mencionada orden.

Tercero.- La NUEVA EPS podrá solicitar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- la ADRES- el reembolso de las sumas pagadas por el valor de los medicamentos entregados a partir de esta decisión y hasta cuando el médico tratante lo formule, quedando la accionante

eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrita en el régimen contributivo, por los motivos expuestos en el precedente constitucional citado.

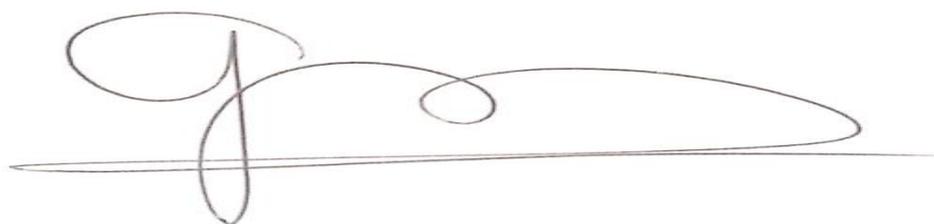
Cuarto.- Prevenir a la Vicepresidencia de Salud y al Gerente Regional de Bogotá de la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS- que el desacato a lo dispuesto por el despacho en el literal segundo, le acarreará sanción de arresto hasta de seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio a las sanciones penales a que hubiere lugar, de conformidad a lo previsto por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- No amparar directamente el derecho fundamental a la vida invocado por la actora, por los motivos expuestos.

Sexto.- Notifíquese esta providencia a las partes en la forma y en los términos previstos en el artículo 30 de Decreto 2591 de 1991.

Séptimo.- En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaría envíese al día siguiente el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'O' followed by a long horizontal stroke that ends in a small loop.

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGUELLO
Juez