

INFORME SECRETARIAL: Al Despacho de la señora Jueza el expediente No. **2020-00358**, hoy seis (06) de octubre de dos mil veinte (2020), informando que a la fecha se encuentra para resolver la impugnación presentada por Audifarma S.A. Sírvase proveer.

ANA RUTH MESA HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D. C., seis (06) de octubre de dos mil veinte (2020).

I. ANTECEDENTES

La señora BLANCA CECILIA BERNAL RICO, identificada con C.C. 51.989.206, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de CAPITAL SALUD E.P.S.-S, a fin de obtener la protección a los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que es una paciente afiliada a Capital Salud E.P.S. en el régimen subsidiado y que ha presentado múltiples problemas renales que conllevaron a un trasplante, el cual fue rechazado. A causa de su estado de salud, le fueron ordenados los medicamentos:

"*[FENILALANINA]68MG/1U; [HISTIDINA]38MG/1U;
[ISOLEUCINA]67MG/1U; [LEUCINA]101MG/1U; [LISINA]75MG/1U;
[METIONINA]59MG/1U; [TIROSINA]30MG/1U; [TREONINA]53MG/1U;
[TRIPTOFANO]23MG/1U; [VALINA]86MG/1U /TABLETAS DE LIBERACION
NO MODIFICADA (MARCA COMERCIAL KETOSTERIL)*".

Además, relató que desde el 12 de junio de 2020 cuenta con la autorización MIPRES y que la E.P.S. no ha efectuado la entrega de los medicamentos en la forma prescrita, toda vez que se debe proveer la marca ketosteril, como quiera que la versión genérica produce reacciones adversas. Indicó que al momento de solicitar el medicamento le informan que no se puede suministrar la marca

comercial y que el médico debe de indicar el efecto adverso del medicamento genérico.

Bajo estas narraciones fácticas, la accionante solicitó que se ordenara el suministro de los medicamentos y tratamientos requeridos en los términos prescritos, aunque se encuentren o no en el plan de beneficios, sin la exigencia de cuotas moderadoras.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

La presente acción fue admitida por el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., mediante auto del ocho (8) de septiembre de dos mil veinte (2020). Allí se ordenó vincular a Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S., al doctor Orlando de Jesús Olivares Algarín, a la Secretaría Distrital de Salud, a la Alcaldía Mayor de Bogotá, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – A.D.R.E.S. a fin de que ejercieran su derecho de defensa en el trámite de esta acción.

La primera entidad en pronunciarse fue la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**, manifestando que la E.P.S. accionada es la encargada de garantizar el suministro del medicamento, por lo que invocó la falta de legitimación en causa por pasiva respecto de la Secretaría.

A continuación, **CAPITAL SALUD E.P.S. S.A.S.** rindió el informe requerido, señalando que la actora se encuentra afiliada en el régimen subsidiado y que el medicamento denominado ketosteril le fue autorizado para que Audifarma programara su entrega de forma urgente, informándole a la paciente que podía acercarse a reclamarlo. Así, la E.P.S. solicitó su desvinculación de la acción de tutela y que Audifarma fuese llamada a fin de impartir las órdenes a que hubiese lugar.

La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – A.D.R.E.S.** en su informe hizo alusión al Plan de Beneficios y expuso que las nuevas directrices legales imponen el giro de recursos previamente a las E.P.S., en aras de no obstruir la prestación de los servicios, los cuales deben ser garantizados por las entidades promotoras de salud. En tal sentido, solicitó ser desvinculada de la acción de tutela, negar la facultad de recobro y modular las decisiones que se profieran para salvaguardar la sostenibilidad financiera.

Por lo dicho por Capital Salud, mediante auto del 15 de septiembre de 2020, se ordenó la vinculación de Audifarma con el objetivo de que se sirviera dar contestación a la acción constitucional.

Luego, el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** informó que el medicamento solicitado no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios y solicitó su desvinculación de la acción de tutela, por no ser la entidad encargada de suministrar los servicios médicos.

Finalmente, **PROCARDIO SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES S.A.S., EL DOCTOR ORLANDO DE JESÚS OLIVARES ALGARÍN Y AUDIFARMA** guardaron silencio frente al requerimiento efectuado por la Juzgadora de primera instancia.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *A-quo*, en sentencia del 18 de septiembre de 2020, amparó los derechos fundamentales de la tutelante al hacer un examen respecto de la prescripción médica y las autorizaciones proferidas por Capital Salud E.P.S., estableciendo que la obstrucción en la entrega del medicamento correspondía a Audifarma S.A., puesto que la entidad que hace parte de la red de la E.P.S. ya contaba con la habilitación de esta entidad. Por lo demás, negó la pretensión referente al tratamiento integral y a la exoneración de cuotas moderadoras.

IV. IMPUGNACIÓN

La sentencia de tutela fue notificada el 18 de septiembre del presente año a las partes intervenientes, por lo cual el Despacho que conoció en primera instancia recibió impugnación por parte de AUDIFARMA S.A. el 22 de septiembre del mismo año.

En concreto, los reparos de la entidad consistieron en que su naturaleza jurídica no tiene el carácter de E.P.S. o I.P.S., sino que simplemente cumple el rol de dispensario de medicamentos, en la medida en que exista autorización y disponibilidad en los laboratorios. Por esta senda, adujo que no existe novedad respecto de que algún medicamento se encuentre pendiente por entregar y que en todo caso Capital Salud E.P.S. tiene la carga de garantizar, directa o indirectamente, la prestación de los servicios de salud.

Asimismo, expuso la existencia de un hecho superado, puesto que sostuvo que fueron entregados los medicamentos que la actora peticionaba a través de la acción de tutela.

Como colofón de ello, la entidad solicitó que se modificara la sentencia proferida, para en su lugar aclarar que la entrega de los medicamentos se encuentra sujeta a autorización brindada por la E.P.S. y la disponibilidad en los laboratorios productores.

V. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico planteado consiste en determinar si Audifarma S.A. vulneró algún derecho fundamental ante la omisión reseñada inicialmente que refiere a la entrega del medicamento prescrito a la tutelante o si, por el contrario, la sociedad ha actuado con apego a sus responsabilidades sociales, legales y contractuales.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competente este Despacho para conocer de la presente acción constitucional, con fundamento en el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1º del art. 1º del D. R. 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017.

2. Del derecho fundamental a la vida y a la salud.

La relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud es innegable y, como parte de ello, dos han sido las teorías para llegar a la protección del derecho a la salud. La primera no permitía la protección singular del derecho a la salud, debido a que no era objeto de aplicación inmediata, por lo que se suponía que el mismo se encontraba conexo al derecho a la vida. La segunda, y actualmente aplicada, hizo confluir distintas garantías constitucionales para reconocerle autonomía al derecho fundamental a la salud y hacer efectiva su aplicación por sí sola; así lo sintetizó la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2018:

"La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho[20]–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II)."

"Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización

plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela”.

Esto implica que la acción de tutela que nos ocupa debe ser estudiada examinando los diversos componentes normativos, jurisprudenciales, conceptuales y dogmáticos del derecho a la salud, evaluándolo de forma autónoma, eso sí, sin desconocer su correlación con el derecho a la vida.

Respecto del derecho que presuntamente ha sido objeto de vulneración, es decir, el derecho fundamental a la salud, debe decirse que éste fue elevado a rango constitucional en el canon 49 de la Carta Política y posteriormente adquirió el rango fundamental en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que previó:

"ARTÍCULO 20. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

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

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

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

Reforzando tal postura, la Corte ha expuesto, en sentencia T-361 de 2014, que la dignidad humana se concatena con derechos fundamentales como la salud y que dichos derechos pueden verse burlados cuando no se garantizan las prestaciones que el ordenamiento jurídico interno pone en cabeza de determinada persona:

"Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y

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

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

"Este Tribunal ha resaltado que uno de los problemas más recurrentes en la prestación del servicio de salud es la imposición de barreras administrativas y burocráticas que impiden el acceso efectivo a los usuarios e, incluso, extienden su sufrimiento. Cuando se afecta la atención de un paciente con fundamento en situaciones extrañas a su propia decisión y correspondientes al normal ejercicio de las labores del asegurador, se conculca el derecho fundamental a la salud, en tanto se está obstaculizando por cuenta de cargas administrativas que no deben ser asumidas por el usuario.

La jurisprudencia ha destacado que en esos casos se infringen los principios que guían la prestación del servicio a la salud teniendo en cuenta que "(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)". Sentencia T-405 de 2017.

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

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

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

Las anteriores consideraciones exaltan la obligación inexorable que tienen las E.P.S. de suministrar y/o autorizar los medicamentos y demás procedimientos que hacen parte del Plan de Beneficios en Salud. De otra manera, la Corte Constitucional ha descrito que el acceso a medicamentos no incluidos en dicho plan es de vital importancia para garantizar la concreción del derecho fundamental a la salud en un Estado Social de Derecho y ha definido las reglas bajo las cuales deben hacerse dichas concesiones, tal y como ha quedado expuesto en la sentencia T-336 de 2018:

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

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

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

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos

excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios para todos los afiliados”.

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

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

En el caso bajo estudio se evidencia que la prescripción médica se ha adelantado a través del mecanismo MIPRES, lo cual constituye un mecanismo del cual dispuso el Ejecutivo, acentuando que deben existir ocasiones en las que se debe entregar un medicamento que no está enlistado en el Plan de Beneficios en Salud. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho una referencia directa, estableciendo que:

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

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

Sentencia T-001 de 2018.

Entonces, para el *sub lite* se tiene que el primer motivo de reparo de la impugnante se relaciona con la responsabilidad de Capital Salud E.P.S. en lo que ataña a su posición de garante del suministro de bienes y servicios en salud, encontrando el Despacho que, conforme con los fundamentos precitados, las entidades promotoras de salud tienen la obligación primaria de suministrar los medicamentos ordenados por el médico tratante, lo que quiere significar que no se desligan de su responsabilidad ante la expedición de una simple autorización, puesto que su tarea se encuentra cumplida cuando el afiliado efectivamente cuenta con el medicamento que le fue prescrito. Por tanto, es claro que

la orden del numeral segundo de la sentencia del 18 de septiembre de 2020 también debía obligar a Capital Salud E.P.S. como entidad promotora de salud.

Ahora, el otro motivo de inconformidad recae sobre la responsabilidad que detenta la sociedad impugnante en la provisión de los medicamentos al no ser una E.P.S. o I.P.S. No obstante, Audifarma S.A. no desconoce completamente su carga, como quiera que aduce la obligatoriedad de suministrar el medicamento, siempre que exista autorización y disponibilidad en los laboratorios.

En razón de ello, debe señalar el Despacho que los mandatos que vinculan a Audifarma a la presente acción no pasan por su naturaleza jurídica, sino por ser un actor del Sistema General de Seguridad Social en Salud al haberse obligado contractualmente con la E.P.S. y pertenecer a su red prestadora de bienes y servicios. Esto quiere decir que no es posible concebir que la sociedad impugnante se beneficie de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y no tenga obligaciones con los usuarios, por lo que la Juez de primera instancia no erró al asignarle responsabilidad a Audifarma S.A. en la entrega del medicamento, puesto que Capital Salud E.P.S. había acreditado la autorización a aquella entidad.

Por otra parte, la impugnante pretende que se modifique el fallo de primera instancia, a fin de que se "*ACLARE que siempre que exista autorización brindada por la EPS y siempre que exista disponibilidad que brindan los laboratorios productores, AUDIFARMA S.A procederá con la entrega*". Sobre este argumento, cabe decir que es una objeción abstracta al contenido de la sentencia proferida por la Juez Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., toda vez que el pronunciamiento se fincó en la evidente existencia de la prescripción 20200612130019738619 y en la autorización proferida por Capital Salud E.P.S.

Además, la impugnante no refiere la inexistencia del medicamento ordenado, máxime porque entregó 260 tabletas del mismo. De este modo, se tiene que la sociedad Audifarma S.A. no refirió de forma concreta que no existiera autorización para el medicamento o que no fuera posible la obtención del mismo, por lo que tampoco está llamado a prosperar este motivo de inconformidad con el fallo.

Frente a la existencia de un hecho superado, es claro que Audifarma en su impugnación allegó el formato de garantía de entrega de medicamentos suscrito por la tutelante; sin embargo, la actora ya había informado que la impugnante había previsto la entrega de 260 tabletas, como bien da cuenta el documento anexo, con lo cual no se podía declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, teniendo en cuenta la misma prescripción médica, puesto que ella es clara en que se deben entregar un número de unidades que permita la satisfacción de un tratamiento por tres meses, tomando una dosis cada ocho horas. Así, cuando menos debían entregarse 270 tabletas, sino es que las 810 tabletas que reseña la fórmula médica.

Entonces, por más minúscula que parezca la diferencia de 10 tabletas del medicamento precitado, esta diferencia puede poner en riesgo la salud y la vida de la afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, debido a que no se están suministrando

las prestaciones asistenciales de forma completa, de conformidad con el artículo 131 del Decreto Ley 19 de 2012. Por ende, tampoco es predictable la carencia actual de objeto por hecho superado.

En conclusión, este Despacho modificará la decisión proferida en primera instancia, para en su lugar ordenar que Capital Salud E.P.S. y Audifarma S.A. sean solidariamente responsables del cumplimiento de la orden contenida en el numeral segundo de la sentencia del 18 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: **MODIFICAR** el fallo de tutela de fecha dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., en el entendido de que la orden contenida en el numeral segundo de dicha providencia deberá ser cumplida por Capital Salud E.P.S. y Audifarma S.A. de forma solidaria, en los términos allí expuestos.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo demás la providencia recurrida.

TERCERO: **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes y al Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., a través de correo electrónico, de conformidad con el Acuerdo PCSJA20-11632 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada COVID-19.

CUARTO: **ENVIAR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,


YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

Kjma.