



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, Once (11) de Octubre de dos mil doce (2.012)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

**Expediente 70001 33 33 008 2012 00042 01
Actor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS**

SENTENCIA No.080

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia del 5 de Septiembre de 2.012, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la que se negaron los derechos invocados por la parte accionante.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por el señor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES, identificado con C.C. No. 6.669.742 expedida en Purísima (Córdoba).

III. ACCIONADO

La Acción está dirigida en contra de la **NUEVA E.P.S.**

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

El señor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES, identificado con C.C. 6.669.742 expedida en Purísima (Córdoba), actuando en su nombre propio, presenta Acción de Tutela en contra de la NUEVA E.P.S., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la Salud y la Vida.

Expediente 70001 33 33 008 2012 00042 01
Actor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

4.2. Los hechos

Como hechos que sustentan las pretensiones, el actor narra los siguientes:

Expresa el tutelante que es afiliado a la Nueva E.P.S, como cotizante activo.

El 1 de agosto de 2012, el Dr. Julio González Silva, neurólogo clínico RM264 adscrito a la Nueva E.P.S., le expidió fórmula médica ordenándole la entrega del ACIDO TIOCTICO (THIOCTACID) x 600 MG No. 180.

Desde la fecha de entrega de la formula medica se ha dirigido en forma constante a la Nueva E.P.S., para que le sea suministrado el medicamento y la respuesta ha sido negativa, lo que pone en peligro su derecho a la salud y por ende el derecho a la vida, por cuanto el remedio ordenado por el médico tratante de la Nueva E.P.S, lo requiere para su normal desenvolvimiento vital.

Que ha cumplido con todos y cada uno de los requerimientos efectuados por la NUEVA E.P.S, para que le hagan entrega del medicamento y las respuestas han sido evasivas, por lo que no han cumplido con la obligación que les corresponde de hacer entrega del medicamento autorizado por el médico especialista de la misma E.P.S.

V. LO QUE SE PIDE

Con fundamento en los hechos relacionados, el accionante solicitó Tutelar los derechos fundamentales invocados en esta acción y ordenar a la parte tutelada lo siguiente:

Que se ordene a la Entidad Promotora de Salud NUEVA E.P.S, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al fallo, autorice la entrega del medicamento ACIDO TIOCTICO (THIOCTACID) x 600 MG No. 180, que sea suficiente para atender el tratamiento médico ordenado por el especialista tratante.

Asimismo, pide se dicte fallo de forma integral, ordenando a la entidad demandada que garantice la entrega permanente, oportuna y en la periodicidad que el médico tratante ordene los medicamentos que llegare a necesitar para el tratamiento de su enfermedad.

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD NUEVA E.P.S.

Manifestó que el señor Nabonazar Fernández Nieves, se encuentra afiliado a la Nueva E.P.S. en calidad de cotizante pensionado, demostrando capacidad económica con

Expediente 70001 33 33 008 2012 00042 01
Actor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

ingreso base de cotización de \$2.457.000, pudiendo acceder a los servicios excluidos del plan obligatorio integral.

Sostiene la entidad que el actor solicita el medicamento denominado ACIDO TIOCTICO (THIOCTACID), el cual no es procedente su entrega ya que el nombre comercial está excluido del anexo técnico I del acuerdo 029 de 2011, por esta razón se ha autorizado por la Nueva E.P.S., en su denominación común internacional, es decir, ACIDO ALFA LIPOICO 600MG (TABLETA ORODISPERSABE) mediante orden 23241046, por tres meses de tratamiento, cantidad 180 tabletas por el Comité Técnico Científico de la Nueva E.P.S, es de aclarar que de acuerdo a lo establecido en el acuerdo 2200 de 2005 artículo 16, resolución 4377 de 2010 y acuerdo 08 de 2009 art.38 y 42, los medicamentos deben generarse en denominación común internacional, no se puede inferir que este medicamento no es efectivo para el manejo de la patología, pues es el principio activo del comercial, no ha sido demostrado por el médico tratante que el medicamento ocasione desmejoramiento de su patología, complicaciones que atenten contra la vida del usuario.

En cuanto al tratamiento integral por parte de la Nueva E.P.S., no se pueden ordenar tratamientos integrales a ningún tipo de pacientes, en virtud a que esos ordenamientos son realizados por médicos tratantes del paciente y que van conforme a los requerimientos del mismo, en virtud a que no se conoce con certeza el comportamiento y desarrollo de la patología.

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Copia de la formula medica de fecha 1 de agosto de 2012.
- Fotocopia simple de la cedula de ciudadanía del accionante.

VIII. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 5 de septiembre de 2012, no tuteló los derechos fundamentales reclamados por el actor y negó la solicitud de fallo integral en cuanto a medicamentos, porque estos no cumplen con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para acceder a los medicamentos no incluidos en el POS.

Asimismo, manifestó el Despacho, que haciendo un recuento de las pruebas aportadas por el actor, se observó que en el expediente solo se allegó copia de la cedula de ciudadanía y copia de la formula médica, pues no existe otro medio en el que se pueda establecer la vulneración de los derechos reclamados en la presente acción, cuando la

Expediente 70001 33 33 008 2012 00042 01
Actor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

NUEVA E.P.S en su contestación, deja muy claro que existe un medicamento ordenado que le sirve para el tratamiento al paciente, es decir, no refutó el demandante lo dicho por la entidad en ningún aparte del proceso, y tal como lo dice la Corte, él es, quien estaba alegando el desconocimiento de derechos fundamentales, debió al menos demostrar dicha trasgresión; pues no se aprecia que esté en peligro, su derecho a la vida o a la salud.

En lo que tiene que ver con la solicitud de entrega permanente y oportuna, en la periodicidad que el médico tratante lo ordene de los medicamentos que llegare a necesitar para el tratamiento de la enfermedad, no se ha trasgredido ningún derecho fundamental, además que no se estableció con la documentación allegada por el accionante cual es el nombre de la patología o el diagnostico que padecía el actor y la gravedad de la misma, ya que no se aporta la historia clínica que evidencie la atención y ordenamientos realizados por el neurólogo ni el plan de manejo.

IX. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El señor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES, impugnó el fallo de tutela para que sea revocado el fallo de primera instancia, conforme a lo siguiente:

Manifiesta que la droga fue formulada por el médico especialista tratante adscrito a la entidad accionada, persona esta que se encuentra catalogada como un científico en la materia y si ordena este medicamento, es por cuanto se requiere para tratar los problemas de salud que padece, por ende mal podría la NUEVA E.P.S cambiar el uso del medicamento, por cuanto el mismo fue formulado por un experto.

En lo relativo a la capacidad económica, mal podría la accionada y el operador jurídico, referirse a ella, cuando ni la NUEVA E.P.S, ni el Juez de conocimiento, conocen la situación económica por la cual atraviesa el accionante. Si bien es cierto que es titular de una pensión de jubilación, también tiene compromisos personales y familiares que resolver, ya que tiene a cargo su grupo familiar, y este señalamiento del valor de la mesada pensional no demuestra la capacidad económica, para entrar a pronunciarse el Juez.

Por otro lado, la acción de tutela esta desprovista de ritualidades, de procedimientos y de requerimientos probatorios, máxime que la misma puede ser presentada por cualquier persona, luego entonces como quiera que esta fue presentada por una persona que no tiene formación jurídica, solo acreditó las pruebas que consideró, ahora bien, si el operador jurídico observó esta circunstancia, le correspondía de oficio solicitar a la accionada o al médico tratante, que enviara como mínimo la historia clínica o rindiera un concepto científico del porque la enfermedad que padece,

Expediente 70001 33 33 008 2012 00042 01
Actor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

requiere ese tratamiento médico, para así entrar a valorar la necesidad o no del mismo, pero mal puede desestimar lo que se pide por falta de pruebas, cuando el operador en aras de garantizar los derechos fundamentales, debió apelar a la facultad oficiosa del cual se encuentra revestido.

X. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 19 de Septiembre de 2012, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado en la Oficina Judicial, en la fecha 24 de Septiembre de 2012, siendo finalmente recibido por este despacho en la fecha 25 de Septiembre de 2012.

XI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

11.1. La competencia.

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en **SEGUNDA INSTANCIA.**

11.2. Problema jurídico.

1. ¿Procede la acción de tutela para garantizar el suministro de medicamentos formulados por el médico tratante, cuando la EPS de la que se hace el requerimiento, se niega a suministrarlo, debido a que la denominación comercial no aplica para los contemplados al mismo en el POS, por lo que ofrece y suministra, otro de igual denominación y componentes?

11.3. Procedencia de la Acción de Tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente, que le permita al actor, solicitar ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Expediente 70001 33 33 008 2012 00042 01
Actor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Ahora bien, la salud fue consagrada por el Constituyente de 1991 en el artículo 49 de la Carta Política, como un concepto que goza de una doble connotación: como derecho fundamental y como servicio público. De manera tal, que le atribuye al Estado, la carga de asegurar la atención en salud, como servicio público, al tiempo que reconoce en todo individuo la potestad de exigir el acceso satisfactorio a todas las dimensiones que integran, lo que se traduce en su proclamación como derecho.

La corte Constitucional en sentencia T-654 de 2010, dispone:¹

(“...”)

“Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad y que no se encuentran incluidos en los planes de beneficios.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que “los servicios que se requieren con necesidad son aquellos indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometen la vida digna y la integridad personal, no importa cómo se conozcan en el argot médico o científico, ya sea que se trate de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, diagnósticos, exámenes, consultas con especialistas, tratamientos, traslados de centros hospitalarios, etc”.

Esta Corporación ha reiterado en su jurisprudencia, que en el caso de las personas que demandan servicios que se requieren con necesidad que no se encuentran incluidos en el POS, y que carecen de medios económicos para sufragarlos, el costo de los mismos debe ser asumido por el Estado y atendido por las entidades promotoras de salud, en el sentido de proporcionar al paciente una atención integral.

En relación con lo anterior, la Sentencia T-760 de 2008, puntualizó las reglas de interpretación aplicables para conceder el acceso a dichos servicios en sede judicial:

- (i) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;*
- (ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente;*
- (iii) Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.*
- (iv) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garantizada de la prestación está autorizada a cobrar.”*

¹ Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia T-654 de agosto 30 de 2010.

Expediente 70001 33 33 008 2012 00042 01
Actor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Para la Corte, lo anterior se funda en que la normatividad vigente que rige el sistema de seguridad social en salud, no puede aludirse como obstáculo para garantizar el goce efectivo de derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la salud de los afiliados. Por tanto, esta Corporación ha admitido pretermitir la reglamentación que excluye servicios del POS, autorizando el acceso a servicios NO-POS sólo cuando se cumplen los requisitos enunciados.

Por otra parte, este Tribunal ha establecido que el POS no puede ser ilimitado, debido a que ello conllevaría el colapso financiero del sistema de seguridad social en salud, por ello debe limitarse a cubrir las necesidades y prioridades de la población. En el mismo contexto la Corte ha establecido que se desprende el concepto de los servicios que no se requieren con necesidad, lo cuales aún habiendo sido prescritos por el médico tratante y estando excluidos de plan de beneficios, no deben ser autorizados por las entidades, con fundamento en que el derecho a la salud no es infinito y se le deben establecer límites razonables y justificados constitucionalmente. Entre estos se encuentran (i) los servicios de salud estéticos, (ii) las gafas y la cirugía de ojos, (iii) los tratamientos de fertilidad, (iv) los tratamientos de desintoxicación, (v) las prótesis, (vi) el by pass gástrico, (vii) los servicios de odontología y (viii) las alergias.”

(“...”)

Esta Sala aclara, que efectivamente los fallos de tutela, son procedentes para este caso concreto, siempre y cuando se agoten integralmente todos y cada uno de los requisitos esbozados anteriormente, debido a que se debe actuar con responsabilidad y economía en aquellos casos que revisten menor peligro de deterioro en la materialización de los derechos fundamentales de las personas, que por razones ajenas más allá de la posible vulneración o amenaza inminente a sus derechos, decidan instaurar acciones constitucionales de tutela en procura desbordada a garantizarlos, olvidando, que existen otros métodos y servicios que también le podrían satisfacer sus necesidades.

CASO CONCRETO

En el presente caso, la acción de tutela es presentada por el señor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES, de 72 años de edad, afiliado a la NUEVA E.P.S, cotizante pensionado, quien considera que le están vulnerando los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, y a la vida digna, por cuanto la entidad prestadora del servicio de salud, hizo caso omiso, a lo ordenado por el médico tratante sobre el medicamento ACIDO TIOCTICO (THIOCTACID) x 600MG No.180, el cual no se le ha suministrado bajo el argumento que esta droga fue excluido del anexo técnico I del acuerdo 029 de 2011, ya que se ha autorizado por la Nueva E.P.S, en su denominación común internacional, es decir, ACIDO ALFA LIPOICO 600MG, mediante orden 23241046 por tres meses de tratamiento, cantidad 180 tabletas, por el Comité Técnico Científico de la Nueva EPS, es de aclarar que conforme a lo establecido en el acuerdo 2200 de 2005 art 16, resolución 4377 de 2010 y acuerdo 08 del 2009 art. 38 y 42, los medicamentos deben generarse en denominación común internacional, no se puede inferir que este medicamento no es el efectivo para el manejo de su patología,

Expediente 70001 33 33 008 2012 00042 01
Actor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

pues no existe concepto preciso del médico tratante que establezca circunstancias de disminución, complicaciones o cualquier otro evento que ponga en peligro la vida del accionante o genere algún tipo de complicaciones en su salud.

El ACIDO ALFALIPOICO 600 mg, corresponde al mismo principio activo que el ACIDO TIOCTICO 600 mg como se puede evidenciar en la ficha técnica del producto cuyo expediente numero 19994136 y numero de registro sanitario 2008 M-0008975 se encuentran vigentes según consulta realizada en la pagina web del INVIMA. Así mismo, en la ficha técnica se evidencia que la forma farmacéutica es Tableta Orodispersable y las indicaciones para su uso es como coadyuvante en el tratamiento de pacientes con neuropatía diabética, especialmente de la polineuropatía sensitivo- motora simétrica y distal de los miembros inferiores;² en consecuencia, se trata del mismo principio activo cuya autorización fue generada por la NUEVA EPS; luego no hay razones para no utilizar el medicamento genérico que puso a disposición del actor la entidad de seguridad social mencionada.

Además cotizado el producto en las farmacias de la ciudad se corroboró que el mismo no supera en costo los \$112.000,00 que para lo devengado por el actor, no pone en peligro su estabilidad económica.

Así las cosas, es evidente, que en el presente caso se observa de manera efectiva que la NUEVA E.P.S, accionada en este asunto, respondió satisfactoriamente el servicio solicitado, y bastó solo la voluntad del tutelante en no aceptar un nuevo medicamento que tiene los mismos componentes, con respecto del formulado por el médico tratante, sin contemplar que éste último ofrecido, no reviste ningún tipo de riesgo en su salud, en su tratamiento y en su vida.

XII. CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis efectuado, la Sala concluye que la Nueva E.P.S., con la sola oferta y entrega del nuevo medicamento proporcionado de parte de esta EPS, al usuario tutelante, es suficiente para confirmar el fallo de primera instancia, por cuanto

² Expediente: 19994112; Principio activo: ACIDO ALFA LIPOICO / ACIDO TIOCTICO (CORRESPONDIENTE A 952.900 MG DE SAL DE TROMETAMOL DEL ACIDO TIOCTICO); Nombre del producto: THIOCTACID® 600 T SOL. INYECTABLE; Registro Sanitario: INVIMA 2008M-0008974; forma farmacéutica, TO - TABLETA ORODISPERSABLE; indicaciones: COADYUDANTE EN EL TRATAMIENTO DE PACIENTES CON NEUROPATÍA DIABÉTICA, ESPECIALMENTE DE LA POLINEUROPATÍA SENSITIVO-MOTORA SIMÉTRICA Y DISTAL DE LOS MIEMBROS INFERIORES; Contraindicaciones: HIPERSENSIBILIDAD AL MEDICAMENTO. EL ÁCIDO ALFA LIPOICO POR SU ACCIÓN QUELANTE, ESTÁ CONTRAINDICADO EN CASOS DE HIPOPARATIROIDISMO Y EN LOS CASOS MUY GRAVES DE DEFICIENCIAS RENALES Y/O HEPÁTICAS.

Expediente 70001 33 33 008 2012 00042 01
Actor NABONAZAR FERNÁNDEZ NIEVES
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

no se estableció cual patología padecía el actor y la gravedad de la misma, en razón a que no se demostró que la no entrega del ACIDO TIOCTICO de 600 MG, pone en peligro la salud del mismo.

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo el 5 de Septiembre de 2.012, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE personalmente o por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 032.

Los Magistrados,

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

LUIS CARLOS ALZATE RIOS

CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS