

Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13001-33-33-013-2019-00011-01
Accionante	ALFONSO OLIVARES ZAPATA
Accionado	NUEVA EPS
Vinculada	SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la NUEVA EPS, contra la sentencia de primera instancia de fecha cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se tuteló el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas del actor.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud de amparo

1.1 Hechos relevantes planteados por la parte accionante

1.1.1 El señor ALFONSO OLIVARES ZAPATA fue diagnosticado con las siguientes patologías: DEMENCIA POSTRAUMÁTICA, TRASTORNO CONDUCTUAL SECUNDARIO, TRASTORNO DEPRESIVO MAYOR SECUNDARIO E INSOMNIO, e indica que no cuenta con medicamento para su tratamiento.

1.1.2 Señala que consultó al médico general por encontrarse en estado constante de vigilia (sin sueño) y fue remitido al área de psiquiatría que lo valoró, presentando síntomas como inapetencia, estado de ánimo depresivo, sentimientos de culpa, tristeza, miedo y experimentación de hechos de depresión constante.

1.1.3 Indica que fue remitido por consulta prioritaria con la psiquiatra Dra. Esther Perea Castro, la cual le ordenó ESCITALOPRAN, MIRTAZAPINA y CLONAZEPAN y cita médica de control en seis meses.

1.1.4 Manifiesta que la NUEVA EPS se ha negado a entregar la medicación CLONAZEPAN (RIVOTRIL), a pesar de que fue ordenada por la psiquiatra tratante y revisada por la Secretaría de Salud del Departamento en cantidad de 90 pastillas, lo que ha generado un deterioro en su salud aumentando su enfermedad mental y su insomnio, disminuyendo su calidad de vida.

Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

1.2 Pretensiones

1.2.1 Tutelar los derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad, trabajo y debido proceso.

1.2.2 En consecuencia, ordenar a la NUEVA EPS, disponer lo necesario para que se autorice la entrega del medicamento que se fue ordenado por su médico tratante, la cual es CLONAZEPAN TAB 2 MG NO 540, sin dilaciones, ya que es de suma importancia para su recuperación y calidad de vida.

2. Actuación procesal relevante

2.1. Admisión y notificación

La solicitud de amparo se admitió mediante auto de fecha 21 de enero de 2019¹ por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo de Cartagena, en el que se dispuso notificar en calidad de accionada a la NUEVA EPS, otorgándole un término de dos (2) días para rendir el informe correspondiente sobre los hechos que dieron lugar al presente asunto.

El anterior auto fue notificado mediante mensaje de datos al correo electrónico para notificaciones habilitado por la parte accionada² y debidamente recibido.

3. Informes rendidos

3.1. NUEVA EPS³

Solicitó que no se accediera a las pretensiones de la accionante y se declarara la improcedencia de la acción de tutela con base en los siguientes argumentos:

El señor ALFONSO OLIVARES ZAPATA se encuentra afiliado a la NUEVA EPS- Régimen subsidiado, y se le han garantizado los servicios de salud, con base en lo prescrito por sus médicos tratantes, con oportunidad y calidad.

En relación a los medicamentos CLOZAPINA 10MG y CLONAZEPAN 2MG por considerarse medicamentos NO PBS se debe radicar en el Comité Técnico Científico- CTC, para que defina la aprobación de la solicitud.

Por lo expuesto, y al estar el actor afiliado al régimen subsidiado de salud, solicita vincular a la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, para que se haga responsable del recobro y de la entrega de los requerido por el afiliado, ya que lo pretendido no se encuentra dentro del PBS.

¹ folio 27

² Folio 28.

³ Folios 29-30



Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

4. Vinculación.

Teniendo en cuenta lo planteado por la parte actora dentro de la contestación de la tutela, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena emitió auto de fecha 24 de enero de 2019, mediante el cual se ordenó vincular a la Secretaria de Salud Departamental de Bolívar, la cual se notificó el 25 de enero de 2019 según consta a folio (33-34) del expediente, sin que se observe contestación alguna de la acción.

5. Sentencia de Primera Instancia⁴

Mediante sentencia de fecha cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, amparó el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas del señor ALFONSO OLIVARES ZAPATA y en consecuencia ordenó a la NUEVA EPS, que en el término máximo de dos (2) días hábiles, contados a partir de la notificación de la providencia, entregue el medicamento denominado CLONAZEPAN 2MG (tableta) RIVOTRIL POSC en la cantidad y tiempo establecido por su médico tratante y además, ordenó no AUTORIZAR a la NUEVA EPS a ejercer la opción de recobro.

El Juez de Primera Instancia sustentó su decisión basado en que la parte accionada no ha cumplido con la entrega de los medicamentos ordenados al actor por su médico tratante de manera oportuna, ya que los mismos fueron autorizados desde el día 13 de noviembre de 2018, negándose a su entrega argumentando que los mismos no se encuentran incluidos en el plan básico de salud, sin embargo, al consultarse el anexo 1 de la Resolución 5857 de 2018, que es el listado de medicamentos del plan básico de atención de salud con cargo a la UPC encontraron que en los ítems 95 y 103 están incluidos; es decir, la entidad accionada está negando un medicamento que si se halla en el plan básico de salud, y además pretende que se autorice su recobro cuando están cubierto por la UPC.

En consecuencia de lo anterior, estimó que en el presente caso la afectación de la salud del accionante guarda una especial relación con el derecho a la vida en condiciones dignas, pues la patología que padece, indiscutiblemente no le permite llevar su vida en las circunstancias esperadas de normalidad sin el tratamiento médico y si el galeno tratante ordenó las cantidades que él considera pertinentes para preservar su salud es porque se requiere sin dilaciones injustificadas y de manera oportuna.

Finalmente negó a la la NUEVA EPS la repetición de los costos de los medicamentos CLOZNAZEPAM y CLOZAPINA formulados al señor ALFONSO OLIVARES ZAPATA ante el Fosyga, por estas incluidos en el POS.

⁴ Folio 36-47





Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

5. Impugnación

5.1 NUEVA EPS⁵

La NUEVA EPS, solicitó revocar la sentencia de primera instancia aduciendo que no vulneró los derechos fundamentales del actor y en caso contrario, ADICIONAR en la parte resolutive del fallo, la faculta a dicha entidad de realizar el recobro ante el FOSYGA en un ciento por ciento (100%) de todos y cada uno de los gastos que asuma en cumplimiento de fallo de tutela. Insiste en que, en el presente caso, el juez de primera instancia no ha tenido en cuenta las directrices de la Corte Constitucional en el sentido de facultar a las EPS del Régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en salud, para ese recobro cuando los medicamentos ordenados estén excluidos del PBS.

Concluye que no se le puede sancionar impidiéndole el recobro de los servicios NO POS que se le obligan a brindar con ocasión de la sentencia de primera instancia, de acuerdo con el Decreto 3099 de 2009, le asiste derecho de recobrar ante el FOSYGA por aquellos servicios que deba brindar.

5.1 Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena concedió la impugnación⁶.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia

Conforme lo establece el artículo 153 del C.P.A.C.A en concordancia con el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Legitimación en la causa

2.1 Por activa

El señor ALFONSO OLIVARES ZAPATA es titular de los derechos invocados como vulnerados y en ese orden, tiene la legitimación por activa directa para acudir en sede de tutela para reclamar la protección de los derechos fundamentales que invoca como vulnerados por ser titular.

⁵ folio 47

⁶ Folio 48





Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

2.2 Por pasiva

La entidad accionada, NUEVA EPS, está legitimada por pasiva, conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, al ser la autoridad a la que se le endilga la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor con ocasión de la dilación en la entrega de medicamentos que han sido ordenados por su médico tratante.

3. Problemas jurídicos

De la lectura de las pretensiones de la solicitud de amparo, la sentencia de primera instancia y la impugnación, evidencia la Sala que los problemas a dilucidar en el asunto bajo estudio son los siguientes:

¿Se debe confirmar, revocar o modificar la sentencia de primera instancia?

En aras de resolver el problema jurídico principal planteado, habrá de determinar la Sala si:

¿Es procedente la acción de tutela para solicitar la entrega de medicamentos ordenados por el médico tratante de un paciente?

En caso de ser procedente la presente acción de tutela, se determinará si:

¿La accionada vulneró el derecho fundamental de salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas del accionante?

¿Es procedente en el caso concreto el recobro ante el FOSYGA?

4. Tesis de la Sala

La Sala sostendrá como tesis que, en atención a que se trata de la protección del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna, es procedente la acción de tutela en el caso concreto por ser el mecanismo idóneo y eficaz para su protección al no existir otro con igual eficacia en el ordenamiento jurídico para tal cometido.

Ante un estudio de fondo, dispondrá confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia, como quiera que se constató la vulneración de tales derechos fundamentales con ocasión de la dilación en la entrega de los medicamentos ordenados por su médico tratante, porque tal comportamiento quebranta de manera flagrante los principios de continuidad, eficacia y oportunidad en la prestación de los servicios de salud que deben respetar todas las entidades encargadas de protegerlos; entre ellas la NUEVA EPS-S. Adicionará la sentencia en el artículo primero, con un párrafo para negar la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso al no probarse su vulneración.

Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

Por último y teniendo en cuenta que la NUEVA EPS -S no sustentó los motivos de inconformidad frente a los argumentos expuestos por la A-quo para concluir que el medicamento ordenado por el médico tratante CLONAZEPAN -RIVOTRIL -pastillas no están incluidos en el POS y se limitó a solicitar que se autorizara su recobro ante el FOSYGA, pero sin exponer razones de inconformidad, la sentencia de primera instancia se confirmará, máxime cuando dicho tema es de carácter administrativo y le corresponde definirlo a las entidades involucradas y no es del resorte del juez constitucional.

5. Marco jurídico y jurisprudencial

5.1 Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

De manera que el juez debe determinar, a partir de un análisis detallado de las circunstancias específicas del accionante, si la acción debe ser utilizada como mecanismo definitivo o transitorio. Además, deberá verificar si el medio ordinario de defensa resulta eficaz e idóneo o si se requiere una decisión para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5.2 De la fundamentalidad del derecho a la salud y los principios que la inspiran

Actualmente la salud, es reconocida como un derecho fundamental, debido a que por su relación y conexión directa con la dignidad humana, es instrumento para la materialización del Estado social de derecho. Así es claramente definido en sentencias como la T-760 de 2008:

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su



Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que 'todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente', y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos. Observa el Comité que el concepto del 'más alto nivel posible de salud' contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de 'buena salud', sino a garantizar 'toda una gama de facilidades, bienes y servicios' que aseguren el más alto nivel posible de salud."

Ahora bien, el Máximo Tribunal Constitucional, ha entendido que la garantía constitucional con la que cuenta toda persona para acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada en los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, implica que el servicio a la salud debe ser prestado conforme a una serie de principios, entre ellos⁷:

- **Oportunidad:** Significa que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud para no padecer progresivos sufrimientos. Esto quiere decir, que cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente, se configura un acto trasgresor del derecho fundamental a la salud, por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Este principio incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen puntual de la patología que padece la persona, con el fin de asegurarle el tratamiento adecuado.
- **Eficiencia:** Busca que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.
- **Calidad:** Conlleva que todas las prestaciones en salud requeridas por los pacientes, sean los tratamientos, medicamentos, cirugías o procedimientos, contribuyan notoriamente a la mejora de las condiciones de vida y salud de los mismos. Quiere decir que las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, no deberán suministrar medicamentos o prestar cualquier servicio médico con deficiente calidad, y que como consecuencia, agrave la salud de la persona.
- **Integralidad:** Ha sido postulado por la H. Corte Constitucional para las situaciones en las cuales, los servicios de salud requeridos son

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-745-13





Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

fraccionados o separados, de tal forma que la entidad responsable solo le autoriza al interesado, una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud. Esta situación de fraccionamiento del servicio se debe por ejemplo al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

En otras palabras, este principio predica que las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para ejecutar un tratamiento.

Este principio pretende (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología.

- **Continuidad:** La H. Corte Constitucional, ha amparado el derecho a que a toda persona se le garantice la no interrupción de un tratamiento, una vez éste haya sido iniciado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.

5.3 De la protección al derecho a la salud como derecho fundamental autónomo

La Constitución Política en su artículo 49 preceptúa que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y, que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En desarrollo de dicha norma superior, la Ley 1751 de 2015 en su artículo 20, al regular la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, señala que i) el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, ii) 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, iii) 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 y iv) 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 Estado⁸.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-002 del 18 de enero de 2016, MP. Gabriel Mendoza Martelo.





Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

La **Resolución 5857 de 2018⁹**, por medio de la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC establece la obligación de que las EPS presten el servicio de salud respetando los principios de integralidad, complementariedad, transparencia, corresponsabilidad, calidad, universalidad, entre otros.

Respecto de los medicamentos, en el Capítulo IV, artículos 38, 39 y 40, establece que, al paciente se le debe suministrar cualquiera de los medicamentos de **marca o genéricos** autorizados por el INVIMA que cumplan las condiciones descritas en ese acto administrativo y siempre que hayan sido ordenados por el médico tratante. En caso de medicamentos, anticonvulsivantes, anticoagulantes y otros de estrecho margen terapéutico definidos de forma periódica por el INVIMA, no deberá cambiarse el producto ni el fabricante una vez iniciado el tratamiento. La norma establece que sólo se permitirá lo anterior, previo monitoreo clínico y paraclínico necesarios.

Así en el artículo 39, expresamente se consignó:

Artículo 39. Prescripción. La prescripción se realizará siempre utilizando la Denominación Común Internacional, exclusivamente. **Al paciente se le deberá suministrar cualquiera de los medicamentos (de marca o genéricos)**, autorizados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), que cumplan las condiciones descritas en este acto administrativo.

Parágrafo. En el caso de los medicamentos anticonvulsivantes, anticoagulantes orales y otros de estrecho margen terapéutico definidos de forma periódica por el INVIMA, no deberá cambiarse el producto ni el fabricante una vez iniciado el tratamiento. Si excepcionalmente fuere necesario, se realizará el ajuste de dosificación y régimen de administración con el monitoreo clínico y paraclínico necesarios.

Artículo 40. Indicaciones autorizadas. La financiación de medicamentos con recursos de la UPC aplica siempre y cuando sean prescritos en las indicaciones autorizadas por el INVIMA, salvo en aquellos casos en que el Anexo 1 "Listado de medicamentos del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC", describa usos específicos que limiten su financiación

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para proteger el mencionado derecho, señaló la Corte que procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) **afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.**

⁹ Por medio de la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"



Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

Igualmente, consideró que, la tutela es procedente en los casos en que "(a) se niegue, sin justificación médico — científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Bienestar de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del PBS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios".

6. Caso Concreto

6.1 Hechos relevantes probados

6.1.1. El señor ALFONSO OLIVARES ZAPATA, le fueron ordenados por médica psiquiatra vinculada a la NUEVA EPS, los siguientes medicamentos: ESCITALOPRAN (NEOZENTIUS) 10 MG, MIRTAZAPINA (MIRTAPAX) 30 MG Y CLONAZEPAN (RIVOTRIL) 2MG ordenados en la formula médica de fecha 23 de octubre de 2018 obrante en el expediente¹⁰.

6.1.2 Mediante recetario oficial para medicamentos de control especial, expedido por su médica psiquiatra tratante ESTHER PEREA CASTRO, se le ordenó el medicamento CLONAZEPAN (RIVOTRIL) 2MG.

6.1.3 En fecha 13 de noviembre de 2018, se radicó una solicitud de servicios a la NUEVA EPS para la entrega del medicamento ordenado por la médica psiquiatra, por enfermedad general, denominada como episodio depresivo moderado, medicamento CLONAZEPAM 2MG (Rivotril) y el 22 de noviembre de 2018 hace la misma solicitud para la entrega del mismo¹¹.

6.2 Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico.

De una confrontación de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial de esta providencia, pasa la Sala a abordar el problema jurídico planteado referente a la procedencia de la acción de tutela respecto de solicitar la entrega de medicamentos ordenados por el médico tratante de un paciente.

Así, estima la Sala que resulta procedente el estudio de fondo de la presente solicitud de amparo, como quiera que se trata de un derecho fundamental contemplado en el artículo 49 de la Carta y a su vez protegido por la Corte Constitucional y siendo un sujeto que padece de DEMENCIA POSTRAUMÁTICA, TRASTORNO CONDUCTUAL SECUNDARIO TRASTORNO DEPRESIVO MAYOR SECUNDARIO E INSOMNIO¹², que presuntamente está siendo sometido a la violación de sus derechos fundamentales, por la dilación injustificada en la entrega de medicamentos que han sido ordenados por su médico tratante, la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales a la salud y su vida digna.

¹⁰ folio 24

¹¹ folios 20-21

¹² Estas enfermedades se infieren de las fórmulas médicas expedida por la médica psiquiatra en favor del señor ALFONSO OLIVARES ZAPATA, visible a folio 24.



Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

En relación con el siguiente problema jurídico propuesto, correspondiente a si *la NUEVA EPS-S vulnera los derechos fundamentales a la Salud y vida digna del señor ALFONSO OLIVARES ZAPATA, con ocasión de la dilación en la entrega de medicamento que le fueron ordenados, estima la Sala que se encuentra acreditada tal vulneración.*

En efecto, está demostrado que al señor ALFONSO OLIVERAS ZAPATA, le fueron ordenados los medicamentos de ESCITALOPRAN (NEOZENTIUS) 10 MG, MIRTAZAPINA (MIRTAPAX) 30 MG y CLONAZEPAN (RIVOTRIL) 2MG, por la médica psiquiatra tratante y no se ha autorizado la entrega del medicamento CLONAZEPAN (Rivotril) 2MG No. 540, y sin que obre probanza de haberle sido entregado de manera efectiva; de donde se desprende la dilación injustificada¹³ en la prestación del servicio desde la fecha en que se ordenó, esto es, desde el día 23 de noviembre de 2018, a la fecha de interposición de la acción de tutela, 21 de enero de 2019; luego no hay justificación razonable para que el paciente haya tenido que esperar más de un mes sin recibir un medicamento que requiere para dormir y recuperar su salud así como para tener una vida digna; lo que a todas luces se traduce en la vulneración de tales derechos fundamentales.

Así las cosas, el accionante al haber sido tratado por una profesional idónea que estudió y conoció plenamente su condición de salud, y que de acuerdo a las características específicas de su padecimiento, ordenó los medicamentos que requiere para promover, proteger o recuperar su salud, sus recomendaciones y conceptos, deben ser respetados y acatados por la EPS - S sin dilaciones injustificadas en aras de salvaguardar sus derechos fundamentales.

Bajo esta premisa, encuentra la Sala que a la Empresa Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado el accionante, le asiste la obligación de suministrar los tratamientos, MEDICAMENTOS, intervenciones, procedimientos, exámenes y demás requerimientos que el médico tratante considere necesarios para el alivio del padecimiento que le ha sido diagnosticado, inclusive aquellos que no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios de Salud, pues al no hacerlo de manera oportuna, dada la condición del paciente, amenazaría gravemente su derecho fundamental a la salud y la agravaría.

¹³ Sentencia T- 384 de 2013 "(...) Aunado a lo anterior, también son trabas injustificadas aquellas que sin ser una exigencia directa al usuario sobre un procedimiento a surtir, terminan por afectar su derecho fundamental a la salud, en cualquiera de sus facetas. En cumplimiento de las funciones que les asigna el Sistema a las entidades que lo integran, se pueden presentar fallas u obstáculos en relación a circunstancias administrativas o financieras, de índole interinstitucional. Es frecuente por ejemplo, que una institución prestadora de los servicios de salud niegue la práctica de un examen diagnóstico, o la valoración por un especialista, o el suministro de un medicamento o insumo, aduciendo que la EPS a la cual se encuentra afiliado el usuario no tiene convenio vigente para la atención, o no ha pagado la contraprestación económica, o se adeudan cuentas de cobro. Cuando la carga por estos inconvenientes se traslada al usuario, se vulnera su derecho fundamental a la salud."





Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

En relación con el último de los problemas jurídicos propuestos, esto es, si es procedente en el caso concreto el recobro ante el FOSYGA, estima la Sala que en el sub judice la corte constitucional se ha pronunciado manifestando lo siguiente:

"Ahora bien, a fin de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los afiliados al régimen subsidiado de salud, los servicios que no se encuentren incluidos en el PBS-S deberán ser cubiertos por la Secretaría de Salud Departamental correspondiente. De acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 715 de 2011, la competencia del ente territorial departamental es garantizar no solo el acceso a los servicios de salud de la población pobre y vulnerable no asegurada del departamento, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, sino también realizar la supervisión y control de instituciones promotoras de servicios de salud e instituciones relacionadas en su jurisdicción.

Al efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la Resolución 3951 de 2016[36], previó un mecanismo para reconocer el cobro de los servicios sin cobertura y reguló el procedimiento para hacer efectivo el pago por parte de las entidades territoriales departamentales y distritales a los prestadores de servicios de salud, por los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan de Beneficios en Salud -PBS-, provistas a los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, prescritos por el profesional de la salud u ordenados mediante providencia judicial. En consecuencia, las Entidades Promotoras de Salud deben acatar el procedimiento allí establecido para efectuar la correspondiente solicitud de cobro del servicio no cubierto por el PBS o cubierto pero que no tienen cargo a la unidad de pago por capitación -UPC-[37]"¹⁴.

Por lo anterior, la Sala estima, que si bien es cierto la Entidad Promotora de Salud (EPS -S), tiene la posibilidad de realizar el recobro correspondiente de manera posterior a la prestación del servicio médico ante el Fosyga cuando los mismos no estén incluidos en el PBS, en el caso concreto, la NUEVA EPS no sustentó las razones por las cuales considera que el medicamento CLONAZEPAN (Rivotril) 2 Mg, Tab Oral, no está incluido dentro de dicho Plan; máxime sí, como lo sustentó la A-quo en la sentencia de primera instancia, en la Resolución 5857 de 2018 dicho medicamento está enlistado en los ítems 95 y la CLOZAPINA en el 103, agregando esta Sala que en tal acto administrativo se recalcó en su artículo 39 que la prescripción se realizará siempre utilizando la Denominación Común Internacional, exclusivamente. **"Al paciente se le deberá suministrar cualquiera de los medicamentos (de marca o genéricos)**, autorizados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), que cumplan las condiciones descritas en este acto administrativo". Por lo tanto, no sólo estarán incluidos los medicamentos genéricos como el CLONAZEPAN sino también los de marca como el RIVOTRIL.

Así las cosas y como la NUEVA EPS S no sustentó las razones de inconformidad relacionadas con la facultad de recobrar ante el FOSYGA por el suministro del medicamento referido, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia en cuando no autorizó el recobro, recalando eso sí que, este tema no es del resorte del Juez Constitucional, toda vez que se trata de una discusión de carácter administrativo entre las entidades involucradas que debe ser resuelto

¹⁴ sentencia T-314 de 2017





Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

entre ellas y no por el Juez Constitucional cuya función está encaminada a la protección de los derechos fundamentales de las personas que requieren y solicitan su amparo.

Así lo ha venido recalcando el H. Consejo de Estado en su jurisprudencia¹⁵:

“...encuentra la Sala que no es procedente la solicitud de la Dirección de Sanidad de la Policía mediante la cual requirió se le autorice para recobrar ante el FOSYGA el costo del tratamiento médico suministrado al accionante. Asimismo, en este punto se hace necesario destacar que el recobro se trata de un asunto de orden económico y administrativo que excede la competencia del juez constitucional, a quien le corresponde exclusivamente proteger los derechos constitucionales de toda persona que invoque su amparo y que demuestre que estos resultan vulnerados. En suma, la entidad accionada, por su parte, cuenta con procedimientos propios y específicos para adelantar los trámites que considere necesarios, tales como el recobro que solicita y en ese sentido será la autoridad competente la que determine su viabilidad y no el juez en sede de tutela.

De otro lado y como en la solicitud de tutela el accionante manifiesta la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y trabajo, pero respecto de los mismos no se probó su vulneración, la sentencia de primera instancia se adicionará para negar su amparo.

En consecuencia, la Sala debe confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia de fecha cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en cuanto garantizó de manera efectiva la protección de los derechos fundamentales pretendidos por el actor a la salud y vida digna, y ordenó el medicamento denominado CLONAZEPAN 2MG (RIVOTRIL) POSC en la cantidad impartida por su médico tratante y además no autorizó a la NUEVA EPS a ejercer la opción de RECOBRO de la misma¹⁶ y la adicionará para negar la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso por no encontrarse probado que se hubiesen vulnerado por la accionada.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y Constitucionales, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicado 68001-23-33-000-2017-01461-01(AC)



Radicado: 13001-33-33-013-2019-00011-01

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dentro de la acción de tutela de la referencia, promovida por el señor ALFONSO OLIVARES ZAPATA en contra de la NUEVA EPS-S, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia de fecha cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019), con el siguiente:

PARÁGRAFO: Negar la acción de tutela en cuanto a los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS