

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
**JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE
BOGOTÁ**

Bogotá D.C., primero (1º) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Ref: Tutela Rad. No. 2021-0001.

Cumplido el trámite de rigor, procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por CARLOS JESÚS MONSALVE BOLÍVAR mediante agente oficioso en contra de la **NUEVA EPS**.

ANTECEDENTES

1. CARLOS JESÚS MONSALVE BOLÍVAR, a través de la agente oficiosa Jenny Monsalve promovió amparo constitucional, con el propósito de conseguir, por este medio, que le sean protegidos sus derechos fundamentales de la *“vida en conexidad con el derecho a la salud, seguridad social”*, los que considera vulnerados por la Nueva EPS, en razón a que manifiesta una presunta omisión en la entrega de unos medicamentos al señor Monsalve Bolívar.

2. Como soporte a su petición alegó lo siguiente:

a) Que el accionante está vinculado a la NUEVA EPS y que en la Historia Clínica expedida por la IPS FUNDACION CARDIOINFANTIL INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA, le diagnosticaron: “1. ENCEFALOPATIA. CIRROSIS DEL HIGADO. VARICES ESOGAGICAS CON HEMORRAGIA. SINDROME ASCITICO GRADO 2. ANEMIA NORMOCITICA...”, de lo cual le han autorizado una serie de tratamientos, procedimientos, medicamentos y ayudas técnicas médicas requeridas para su tratamiento.

b) Expresó que los médicos tratantes le formularon “VACUNA INFLUENZE INTRAMUSCULAR R. DÓISIS ÚNICA POR A DÍA”; e informaron que el paciente se encuentra en “LISTA DE ESPERA PARA TRASPLANTE DE HIGADO”, como también por “MIPRES No. 20201211124024913547 de diciembre 11 de 2020, las Vacunas 1. FIMBRIAS TIPOS 2 Y 3. ADSORBIDAS 5uG&HEMAGLUTIN INA FILAMENTOSA ADSORBIDA DIFTERICO ADSORBIDO 2,5uG&TOXOIDE TETANICO ADSORBIDO 5uG1DOSIS 0,5ML/ SUSPENSION. INTRAMUSCULAR EN 1 DIA. 2. POLISACARIDO SROTIPO 3 1 DSIS INTRAMUSCULAR...”, y una serie de exámenes médicos requeridos para su tratamiento y el procedimiento pendiente de “TRASPLANTE DE HIGADO”.

c) Explicó que ha tenido que ir en 3 oportunidades a la NUEVA EPS-S, quienes *“informan que ya puedo ir a reclamar los medicamentos*

en la dirección bienestar de la EPS de la Avenida Calle 100 No. 19-61 y a la farmacia AUDIFARMA, en esta sede informan que los medicamentos no me los pueden entregar por inconsistencia en el MIPRES y por NO TENER COBERTURA DE LA CIUDAD” (SIC)

d) Manifestó ser una persona de la tercera edad, que entre otras patologías sufre de “CIRROSIS”, informando ser apto para trasplante de hígado motivo por el cual se trasladó de urgencia de la ciudad de ARAUCA y la vida depende de los medicamentos autorizados mediante MIPRES; afirmando que en la actualidad por no recibir los medicamentos se encuentra enfermo, aseverando que ya llevan un (1) año sin la toma de los medicamentos.

ACTUACIÓN DENTRO DEL TRÁMITE

Recibido por reparto el escrito de tutela el día 18 de enero de 2021, se admitió la acción mediante providencia de ese mismo día, ordenando oficiar a la entidad accionada, para que rindieran un informe acerca de cada uno de los hechos narrados en el escrito de tutela, dentro del término perentorio de 1 día, en razón del rango de la acción constitucional.

De otra parte, se vinculó al presente trámite al MINISTERIO DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), a la IPS FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL – INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA y a AUDIFARMA, para que se pronunciara al respecto de la acción constitucional interpuesta.

Dicho lo anterior y dentro del término del traslado, las entidades convocadas efectuaron pronunciamiento respecto del presente trámite, exceptuando al MINISTERIO DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), quienes al momento de la emisión de este fallo no efectuaron pronunciamiento alguno.

• NUEVA EPS.

Frente al caso en concreto indicó que han asumido todos los servicios médicos que ha requerido **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR**, en distintas ocasiones para el tratamiento de todas las patologías presentadas en los periodos que ha tenido afiliación con la EPS, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad social en Salud ha impartido el Estado colombiano.

Señaló que la **NUEVA EPS** no presta el servicio de salud directamente, sino a través de una red de prestadores de servicios de salud contratadas, las cuales son avaladas por la secretaria de salud del municipio respectivo; dichas IPS programan y solicitan autorización para la realización de citas,

cirugías, procedimientos, entrega de medicamentos, entre otros, de acuerdo con sus agendas y disponibilidad.

A su vez, reveló que existen procedimientos que no están a cargo de la EPS como asegurador del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino que su autorización depende del médico tratante, pues es este último, es el que hace el trámite MIPRES siendo el encargado de demostrar la eficacia científica del medicamento para tratar la patología presentada; informando además, que el Sistema General de Seguridad Social en Salud se relaciona con el principio de integralidad, y que por su naturaleza y fines propuestos que: los afiliados deben contribuir solidariamente con su sostenimiento cuando tienen capacidad de pago, en ese sentido, se crean deberes y derechos en doble sentido.

Señalando que, caben dos posibilidades, la primera que se esgrime en la posibilidad de reemplazo del medicamento ordenado por uno que esté dentro del Plan de Beneficios y la segunda que invita al accionante que tiene capacidad de pago a contribuir solidariamente con el Sistema. Pues es claro, que el Sistema en virtud del principio de equidad busca eliminar barreras para el acceso de los servicios de salud a aquellos que lo necesiten como lo es la carga económica, de manera reciproca, que los afiliados con capacidad económica contribuyan solidariamente para el financiamiento de lo que no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios.

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

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

Un requisito para la entrega de medicamentos es la orden médica expedida por el médico tratante que los prescriba, la cual debe cumplir con el lleno de los requisitos compilados en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, artículo 2.5.3.10.16, que estipula:

"CONTENIDO DE LA PRESCRIPCIÓN. La prescripción del medicamento deberá realizarse en un formato el cual debe contener, como mínimo, los siguientes datos cuando estos apliquen:

- 1. Nombre del prestador de servicios de salud o profesional de la salud que prescribe, dirección y número telefónico o dirección electrónica.*

2. *Lugar y fecha de la prescripción.*
3. *Nombre del paciente y documento de identificación.*
4. *Número de la historia clínica.*
5. *Tipo de usuario (contributivo, subsidiado, particular, otro).*
6. *Nombre del medicamento expresado en la Denominación Común Internacional (nombre genérico).*
7. *Concentración y forma farmacéutica.*
8. *Vía de administración.*
9. *Dosis y frecuencia de administración.*
10. *Período de duración del tratamiento.*
11. *Cantidad total de unidades farmacéuticas requeridas para el tratamiento, en números y letras.*
12. *Indicaciones que a su juicio considere el prescriptor.*
13. *Vigencia de la prescripción.*
14. *Nombre y firma del prescriptor con su respectivo número de registro profesional"*

Por lo que no es procedente la autorización de medicamentos que no están incluidos como tecnología o servicio financiado con recursos de la UPC si no se han efectuado o se tiene certeza de la verificación de los requisitos señalados en las normas citadas.

Aseverando que no han vulnerado los derechos constitucionales de carácter fundamental del accionante, ni ha incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro, amenace o menoscabe sus derechos. Todo lo contrario, se ha ceñido en todo momento a la normatividad aplicable en materia de Seguridad Social en Salud. Debido a ello, habida cuenta que no existe vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, que fuese atribuible a NUEVA EPS, la solicitud de tutela de la referencia carece de objeto.

Afirmando que existe ausencia en el expediente de cartas de negación de servicios de salud emitidas por parte de **NUEVA EPS**, todo lo contrario, se le ha autorizado los servicios en la red de prestadores de servicios de salud que la EPS tiene contratada. Así las cosas, se evidencia que se ha garantizado los derechos del afiliado, toda vez que se le están dando los medicamentos en los periodos señalados para tal fin.

• **FUNDACIÓN CARDIOINFANTIL - INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA**

Esta accionada expresó que el señor **Carlos Jesús Monsalve Bolívar**, es un paciente de 61 años de edad con antecedente de cirrosis hepática de presunta etiología alcohólica, quien ingresó por descompensación ascítico edematosa, encefalopatía y HVDA.

Durante su estancia se documentó trombosis portal reciente con extensión a la vena mesentérica superior por lo cual se encuentra en manejo anticoagulante; por lo que realizaron valoración ante trombocitopenia moderada y riesgo de sangrado del paciente bajo terapia anticoagulante en miras de manejo ambulatorio.

Informaron que, durante su atención en la institución se generaron 4 MIPRES de los cuales se encuentran vigentes 2 para la dispensación así: El MIPRES No. 20201211124024913547 de fecha 11 de diciembre de 2020 y correspondiente a vacunas, y el MIPRES No. 202012231300251168220 de fecha 23 de diciembre de 2020 correspondiente a medicamentos formulados.

En consecuencia, consideran que será la **NUEVA E.P.S** quien como responsable de los servicios que requiere el paciente, garantice la efectiva prestación de los servicios médicos que necesita, quienes deberán autorizar, brindar y suministrar los procedimientos y medicamentos que sean necesarios para salvaguardar la integridad física del paciente.

Así mismo, explicaron que las IPS como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen como función prestar los servicios de salud en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios del Sistema, dentro de los parámetros y principios de la Ley 100 de 1993 (Inciso primero Art. 185), estando excluidas de nuestras obligaciones la autorización y la financiación de los servicios médicos requeridos por los usuarios, puesto que estas funciones corresponden exclusivamente a las EPS de los dos regímenes, siendo una de las características esenciales de la Ley 100 de 1993 la separación legal de funciones entre los integrantes del sistema.

Afirmando que es la **NUEVA E.P.S.** como encargada de representar al paciente, autorizar los servicios y medicamentos requeridos por sus representados. (Artículo 14 de la Ley 1122) *“Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento”*, con el fin de garantizar la efectividad de sus derechos fundamentales, asumiendo los gastos de los procedimientos y tratamientos prescritos por su médico tratante, dentro de los prestadores de salud con los que tenga vinculación contractual y brinden el personal médico idóneo para garantizar el acceso efectivo a este derecho fundamental.

- **AUDIFARMA S.A.**

Ésta convocada expresó que una vez revisaron el sistema de información se logró identificar que la entrega de los medicamentos LACTULOSA 667MG/ML EQ. A 3335MG (3.335G) /5ML (JARABE*240ML) – (H), L-ORNITINA/L-ASPARTATO 3G (POLVO ORAL*5G) y RIFAXIMINA TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 200 MG presenta demora en la dispensación, puesto que el MIPRES 20201214145024959195 se encuentra en estado ANULADO.

Con base en lo anterior, aclararon que es deber de la EPS para que se verifique lo sucedido, pues este proceso se encuentra fuera de su alcance; aduciendo que, respecto al medicamento RIFAXIMINA TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 550 MG su dispensación fue efectiva el 26 de diciembre de 2020 desde el centro de atención farmacéutico CAF CENTRO EMPRESARIAL, siendo que su próxima entrega se encuentra a partir del 23 de enero de 2021.

Adujeron que los demás medicamentos de la reclamación cuentan con registro de dispensación, afirmando que, permanecerá atentos en aras de brindar todo su apoyo farmacéutico integral en cuanto a la dispensación de este y los demás productos que requiera el accionante para su tratamiento, siempre y cuando los soportes allegados y/o la transacción misma cumplan con el cúmulo de requisitos establecidos, tanto en la normatividad legal vigente como en lo determinado en el protocolo de servicios (condiciones contractuales convenidas con la EPS).

CONSIDERACIONES

La acción de tutela fue concebida como un mecanismo para garantizar la protección de los derechos fundamentales y lograr su realización en el marco de los principios que definen el Estado Social de Derecho promulgado en la Carta Política de 1991. En este sentido, su naturaleza es la de una acción preferente y sumaria, cuyas características permiten la eficacia inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión del Estado o por particulares.

Dado su carácter autónomo e inherente a la llamada jurisdicción constitucional, a cuya cabeza se encuentra la Corte Constitucional como máximo intérprete, junto a todos los jueces de la República en función constitucional, es procedente, únicamente, para aquellos casos en los cuales no exista mecanismo judicial diferente al que pueda acudirse frente a las demás jurisdicciones, o cuando éstos, dada **la inminencia del riesgo, resultan ineficaces para proteger los derechos fundamentales que se ven amenazados** y no es de su esencia el reemplazar los procedimientos ordinarios legales, igualmente consagrados por la Constitución Política y desarrollados en las leyes ordinarias.

En ese orden de ideas, la acción de tutela opera directamente, caso en el cual el afectado debe carecer de otro medio que anule la vulneración de sus derechos fundamentales, o como mecanismo transitorio, caso en el cual, pese a existir otros procedimientos judiciales idóneos para proteger el derecho, éstos son insuficientes ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, por lo cual es viable acudir primariamente a la tutela, mientras se profiere una solución definitiva a través de otro medio judicial.

Lo anterior encuentra sustento en lo reiterado por la Corte al concluir: *(i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales, que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de trámites administrativos o con la expedición de actos administrativos, puesto, que existen otros mecanismos judiciales y no judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas, cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos, el juez de tutela tiene la competencia para suspender el trámite administrativo o la aplicación del acto administrativo*

(artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991), mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En sentencia T-01 calendada 3 de abril de 1992, la Corte dijo:

"...la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce..."

Por su parte, en la Sentencia T-07 del 13 de mayo de 1992, precisó: *"...la acción de tutela no procede, según el artículo 86 de la Carta, cuando el presunto afectado disponga de otros medios de defensa judicial. Allí radica precisamente la naturaleza subsidiaria de esa acción, la cual no es mecanismo alternativo o sustitutivo de los procesos que, de conformidad con las reglas institucionales y legales, están a cargo de las distintas jurisdicciones. Insiste la Corte en que la única posibilidad de intentar la acción de tutela, cuando se dispone de otros medios judiciales para la protección del derecho que se invoca, es la que resulta de un **inminente perjuicio irremediable**..."*. (Negritas fuera del texto original)

Igualmente, la acción de tutela se **reserva exclusivamente para hacer valer los derechos fundamentales**. Sin embargo, la vulneración de estos derechos o su amenaza, no puede descartarse de plano sin examinar atentamente los hechos que componen la controversia.

Se hace necesario, reiterar que la tutela dada sus características opera únicamente, cuando han sido vulnerados o se encuentran gravemente amenazados los derechos fundamentales de una persona, por parte de una autoridad pública o de un particular y no existe un mecanismo judicial o de otra naturaleza, legítima y eficaz para defenderlo.

Es así como al juzgador le compete establecer la existencia de otra vía judicial a la que se pueda acudir. Inclusive pese a existir un medio judicial de defensa, puede ocurrir que se imponga la concesión de la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un daño irremediable el cual a su turno se define también en el caso concreto.

En este último evento, sin perjuicio de que el derecho de origen legal se establezca definitivamente a través del proceso previsto en la ley, es así

como las lesiones o amenazas a los derechos fundamentales, pueden ser objeto de una acción de tutela.

Igualmente, la acción de tutela se reserva exclusivamente para hacer valer los derechos fundamentales. Entonces el juez de tutela deberá apreciar cuidadosamente la situación fáctica planteada en la tutela, confrontarla con las normas constitucionales, determinar si hay violación o no de derechos fundamentales, o derechos conexos, para concluir si el mecanismo de tutela es idóneo, o si por el contrario existe otra vía de defensa.

Es del caso dejar claramente establecido, la función del Juez frente a la acción de Tutela, el juez tiene a cargo la responsabilidad de verificar los hechos, adecuando la normatividad a las circunstancias del caso; proceso durante el cual puede encontrar, que ha sido desconocido o sometido a amenaza otro derecho fundamental distinto al invocado y aun así, tiene la obligación de conceder la tutela si a ella cabe a la luz de la Constitución.

La evidencia allegada demuestra que el señor **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR**, a la fecha de decidir el presente amparo constitucional cuenta con 61 años de edad, conforme a la respuesta allegada por el **Instituto Nacional de Cancerología**.

No cabe duda, que el señor **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR** debe ser considerada como adulto mayor, pues así lo dispone el literal b) del artículo 7° de la Ley 1276 de 2009, cuando reza que: *“es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros de vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen”*;

Condición especial que conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional merece un trato preferente para evitar la posible vulneración de sus derechos fundamentales pues, sus condiciones en muchas ocasiones, les impiden trabajar y proveerse sus propios gastos, entre otros.

Aunado al hecho del deterioro irreversible y progresivo de su estado de salud, al que se van viendo avocados por enfermedades que en muchos casos son propios de la vejez.

“En esa medida, se hace necesario que el Estado los proteja en relación con las acciones u omisiones que amenacen o vulneren sus derechos, justificando incluso que en tales circunstancias se deba obrar incluso por encima de consideraciones meramente formales, máxime cuando se evidencie la existencia de un derecho cierto e indiscutible”.

(...)

“De acuerdo con lo anterior, se concluye que tanto el Estado como los jueces y particulares deben obrar con especial diligencia y cuidado en aquellas situaciones en las que se puedan ver afectados derechos

fundamentales de sujetos de la tercera edad, máxime cuando además se encuentran en condiciones de discapacidad”.

La solicitud de amparo constitucional promovida por el ciudadano **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR**, se funda en la falta en una presunta negligencia en la atención brindada por la **NUEVA EPS**, quien presuntamente no han autorizado ni entregado los medicamentos formulados a través del MIPRES No. 20201214145024959195, y que sirven para tratar la patología sufrida por el accionante, pues padece de una cirrosis hepática de presunta etiología alcohólica.

Al respecto es de precisar que el **Instituto Nacional de Cancerología** informó sobre los exámenes y procedimientos que le realizaron a la accionante, desde el primer momento en que llegó por un antecedentes de cirrosis hepática, ingresando por descompensación ascítico edematosa, encefalopatía y HVDA, informando que durante su estancia se generaron 4 MIPRES de los cuales dos se encuentran vigentes para la dispensación de los mismos, que son el MIPRES No. 20201211124024913547 de fecha 11 de diciembre de 2020 y correspondiente a vacunas, y el MIPRES No. 202012231300251168220 de fecha 23 de diciembre de 2020 correspondiente a medicamentos formulados, siendo enfáticos en expresar que le han brindado los procedimientos así como las atenciones médicas que ha requerido, de acuerdo a su patología.

Incluso, es necesario aclarar que la entidad **AUDIFARMA SA** certificó que, respecto el medicamento RIFAXIMINA TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 550 MG su dispensación fue efectiva el 26 de diciembre de 2020 desde el centro de atención farmacéutico CAF CENTRO EMPRESARIAL.

Ahora bien, pese a que en la acción constitucional se hace referencia al presunto incumplimientos en la entrega de medicamentos en favor del accionante, lo cierto es que con el escrito constitucional no se allegó siquiera prueba sumaria de dicha situación, sin embargo, se encuentra probado que al señor **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR** el único MIPRES que le ha sido negado es el 20201214145024959195, debido a que **AUDIFARMA SA**, afirmó que el mismo se encuentra en estado de ANULADO por lo que será la **NUEVA EPS** la encargada de autorizar el mismo, en el cual se ordenó la entrega de los medicamentos LACTULOSA 667MG/ML EQ. A 3335MG(3.335G) /5ML (JARABE*240ML) – (H), L-ORNITINA/L-ASPARTATO 3G (POLVO ORAL*5G) y RIFAXIMINA TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 200 MG, sin que puedan ordenar su entrega, hasta que la **NUEVA EPS** los autorice, informando que los demás medicamentos de la reclamación cuentan con registro de dispensación.

De otro lado, la **NUEVA EPS** explicó que los medicamentos RIFAXIMINA, LACTULOSA y L-ORNITINA L-ASPARTATO son medicamentos excluidos del plan de beneficios o con financiamiento condicionado, por lo que existen procedimientos que no están a cargo de la EPS como asegurador del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino del médico tratante, pues es este último el que hace el trámite MIPRES y es el encargado de demostrar la

eficacia científica del medicamento para tratar la patología presentada de los cuales se debe seguir un procedimiento para que puedan.

No obstante, a lo anterior, no informaron los motivos por los cuales, pese a que ya se había formulado y autorizado el MIPRES No. 20201214145024959195 el mismo con posterioridad aparece como ANULADO en el sistema de **AUDIFARMA S.A.**, si el mismo presuntamente se adelantó el procedimiento para el reonomiciente de dichos documentos, o no se hubiese emitido el MIPRES.

En consecuencia, en desarrollo de los **artículos 48 y 49 de la Constitución Política**, es deber del Estado asegurar el acceso a los servicios de salud, y regular el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados a este servicio público esencial, en procura de mantener o recuperar dicho bien.

Dichos cometidos los realiza el Estado, en forma directa o a través de terceros, mediante planes a los cuales se accede según la forma de participación en el sistema.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T-025/14 del 27 de enero de 2014, con ponencia del Magistrado, Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, señaló:

“4. El derecho fundamental a la salud de las personas con discapacidad y los adultos mayores. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de nuestra Constitución Política –que el Constituyente enlistó dentro del título de derechos económicos sociales y culturales– señala 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”.

Al tiempo, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud –OMS–, decantando los “principios básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos”, define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Ello planteó una discusión de vieja data acerca de la fundamentabilidad de dicha garantía, la cual, valga decir, ha sido zanjada por la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de atribuirle exigibilidad inmediata a través de la acción de tutela, dando así un vuelco importante respecto a lo que fue la posición asumida en sus albores.

Antaño, su amparo por esa vía estaba supeditado a circunstancias extraordinarias, que permitieran establecer una conexión entre él y algún derecho considerado fundamental, como la vida, pues, por estar contemplado en el catálogo de derechos de segunda generación, que

relaciona nuestra Carta Política, se le atribuía una connotación meramente prestacional.

Luego, este tribunal convino que era susceptible de ser protegido mediante el mecanismo constitucional, en forma directa, cuando la persona sobre quien recaía la vulneración era sujeto de especial protección constitucional, debido a sus condiciones de debilidad manifiesta.

No obstante, en la actualidad, se establece que el instrumento de amparo consagrado en el artículo 86 superiores idóneo para salvaguardar el derecho a la salud, sin mediar consideraciones externas, ya que, por su naturaleza, debe ser comprendido como fundamental en sí mismo, teniendo en cuenta la relación inescindible que guarda con la vida y la dignidad del ser humano. Tal posición cobra vigencia, si se asume que “se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable”.

Así las cosas, para esta Corte, la salud es un derecho fundamental autónomo que, además, “comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios (...) [médicos] de manera oportuna, eficaz y con calidad”, lo que lo convierte en una garantía que debe proveerse a los usuarios del Sistema de Salud, dentro de los más altos estándares, cuidando la observancia del principio de integralidad que lo caracteriza. Por tal motivo, el juez constitucional está llamado a conjurar su vulneración, cuando quiera que, por medio de la acción de tutela, tenga conocimiento tal circunstancia.

Como se indicó, a dicho derecho le subyace un vínculo indisoluble con la vida, frente a la cual la protección por vía de tutela no solo procede en su acepción de “simple existencia biológica, sino (...) [también] dentro de una dimensión más amplia, que comprenda una vida digna”, lo cual implica que el Estado tiene el deber de articular políticas encaminadas a preservar y recuperar la salud de las personas que se encuentran bajo su responsabilidad, promoviendo que, en ciertos casos, las entidades prestadoras de salud concedan servicios e insumos que no sean médicos en estricto sentido, como es el caso de los pañales.

Por otro lado, tratándose de personas que se encuentran en un particular estado de indefensión, vulnerabilidad, o debilidad manifiesta, es menester que el amparo que, a sus derechos fundamentales, imprima el juez constitucional se encuentre reforzado, toda vez que los sujetos sobre los que han de recaer sus medidas tuitivas demandan una especial protección constitucional. Por lo tanto, en tales eventos, el operador jurídico ha de ser más cuidadoso con el reclamo tutelar que por esta preferente vía se le haga, pues, si bien la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, que por su inmenso valor jurídico debe protegerse de un ejercicio inadecuado, el filtro que se le imprime debe obedecer a las circunstancias propias de cada caso y, singularmente, de cada accionante.

En tal sentido, en la Sentencia T-789 de 2003, la Corte precisó:

“La verificación de estos requisitos debe ser efectuada por los jueces en forma estricta, por virtud del referido carácter subsidiario de la tutela; no obstante, en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuandoquiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”.

Ese tratamiento diferencial encuentra soporte en lo preceptuado por los artículos 13 inciso tercero, 46 y 47 de la Carta Política, entre otros, y con miras a materializarlo en los adultos mayores, este tribunal, en reiteradas oportunidades, ha sostenido:

“Las personas de la tercera edad han sido señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación como sujetos de especial protección por parte del Estado y en consecuencia deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. Así, ante el amparo de los derechos fundamentales debe tenerse en cuenta el estado de salud y la edad de la persona que ha llegado a la tercera edad...”.

(...)

Por ello, de conformidad con los anteriores planteamientos, no sobra ningún tipo de acción afirmativa que el juez de tutela pueda ejercer, a efectos de precaver la trasgresión de los derechos fundamentales de cualquiera de estas personas, independientemente de la contingencia en la que tenga su origen.

Así las cosas, cuando el operador jurídico se enfrenta a un asunto de tal envergadura, no siempre hace falta que el afectado pida –al fallador de instancia o a la entidad demandada– los procedimientos, servicios, o insumos que requiera para superar el hecho vulnerador, por cuanto es una obligación del Estado proveérselos en tanto lo advierta, sin importar el canal a través del cual se entere, o el escenario en el que deba tomar las determinaciones a que haya lugar. Si existe una persona con cualquiera de las limitaciones antedichas, lo propio es que el juez constitucional, como garante de los valores, principios y normas de la Constitución, concorra a brindarle la protección

que impone dicho Estatuto, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Se trata de un deber ineludible que sobre él se erige, en virtud de un mandato suprallegal que lo obliga a no permanecer impávido ante tal suceso; máxime, cuando derive de la eventual conculcación del derecho fundamental a la salud.

5. Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud

El alcance del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado, como titular de su administración, la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejen, y sus correspondientes efectos, no sea una idealización carente de materialidad, ni una mera dispensación protocolaria, tendiente a mantener la dinámica empresarial y mercantilista que, por errada usanza, ha matizado nuestro sistema de salud.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos, o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva prestadora está en la obligación de proveérselos.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellas cosas excluidas del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas copiosamente por la Corte:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”.

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud, no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues, existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal, es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la preeminencia de las garantías superiores que se puedan conculcar”.

En el caso concreto, se encuentra probado que el señor **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR** pertenece al régimen subsidiado de salud, estando activo y afiliado en la **NUEVA EPS**, sin que se evidencie alguna negligencia o falta de prestación de servicios por parte del **Instituto Nacional de Cancerología**, quienes han atendido a la accionante conforme a sus capacidades tecnológicas y humanas, ni de **AUDIFARMA SA**, quienes han entregado los medicamentos que han sido autorizados, precisando que le corresponderá a la **NUEVA EPS** garantizar la autorización de los medicamentos requeridos por el paciente para tratar su patología, con la entrega de los medicamentos, a través de su RED de prestadores de servicios de salud, que estén en capacidad de atender la actual necesidad de la paciente, que puede ser directamente con el del **Instituto Nacional de Cancerología** o con otra IPS.

Establece el Estado Social de Derecho que los ciudadanos deben tener acceso a un conjunto básico de servicios cuya materialización deben garantizar las EPS debidamente autorizadas, de los cuales, a objeto de cumplir los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la norma fundante, están excluidas y limitadas las actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, y aquellos que se consideren cosméticos, estéticos o suntuarios.

Es así como, aunando todas las situaciones anteriormente enunciadas llevan a la indiscutible conclusión de que la **NUEVA EPS** está obligada, sin mayores dilaciones y vacilaciones a autorizar en forma inmediata la entrega de los medicamentos que requiere el señor **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR**, que sean ordenadas por su médico tratante para lograr una efectiva recuperación de los efectos de la enfermedad que padece, atinentes a proveerle en lo posible, una calidad de vida en condiciones de salud lo mayormente dignas, tendientes a erradicar la enfermedad o, de no ser posible, a proporcionar los paliativos que su patología requiera.

De esta manera, la decisión jurídica correcta en este asunto es tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la **SALUD EN CONEXIDAD CON LA VIDA** del ciudadano **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR**.

Lo anterior, porque el derecho a la vida está reconocido en el **artículo 11 de la Carta Política** como fundamental e inviolable, pues es la base óptica para ejercer, en condiciones de dignidad y de calidad, los demás derechos. Adicionalmente, la urgencia del tratamiento no exonera a la EPS de brindarlo, aunque el mismo no se encuentre incluido dentro del POS.

En cuanto a la pretensión formulada por el accionante encaminada a que se ordene a la demandada ofrecerle un tratamiento integral, debe acotarse que en el caso concreto no se evidencian negativas a solicitudes de otros servicios ordenados. Por lo anterior, no resulta lógico otorgar la protección de derechos a futuro por la sola negación de una anulación de un MIPRES, evidenciando que los demás medicamentos, citas y tratamiento si han sido autorizados, incluso, es evidente la ausencia en el expediente de cartas de negación de servicios de salud emitidas por parte de **NUEVA EPS**.

Con base en lo anterior, a fin de garantizar los derechos cuya protección se invoca, se ordenará que dentro de las (48) cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, para que la **NUEVA EPS** proceda a autorizar la entrega de los medicamentos emitidos en la MIPRES 20201214145024959195 correspondiente a los fármacos **LACTULOSA 667MG/ML EQ. A 3335MG (3.335G) /5ML (JARABE*240ML) - (H), L-ORNITINA/L-ASPARTATO 3G (POLVO ORAL*5G) y RIFAXIMINA TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 200 MG** ordenados por el médico tratante del señor **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR**.

Por este medio no se autorizará a **NUEVA EPS** a realizar recobro alguno toda vez, que aquella debe agotar los procedimientos administrativos y de cualquier otra índole que le permitan hacerlo ante el ente territorial correspondiente, ello por cuanto la declaración que haga un juez de tutela, no crea a favor de la EPS un beneficio por fuera de los parámetros de ley, ni le imparte una indiscutible orden de pago a un ente territorial, llámese ADRES; entidad que dentro del trámite de recobro, si llegare a presentarse conforme a la reglamentación pertinente, podrían objetarlo si para el pago no confluyen las exigencias de ley.

Lo anterior, por cuanto el juez de tutela no está llamado a emitir sentencias que configuren títulos valores debiendo salvaguardar el equilibrio económico pues, como ya se dijo, la accionada debe aplicar la normatividad y procedimientos descritos en las diferentes leyes, decretos, acuerdos y reglamentaciones en general, para lograr la repetición a que tiene derecho la EPS, por no estar obligada a soportar ciertas cargas económicas.

En Mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER LA SOLICITUD DE TUTELA de los derechos constitucionales fundamentales a la *“vida en conexidad con el derecho a la salud”*, ante la acción formulada agente oficioso en favor del ciudadano **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR**, contra **NUEVA EPS**, de acuerdo a las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO: A objeto de hacer efectivo el amparo se dispone que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia **NUEVA EPS** proceda a autorizar la entrega de los medicamentos **1) LACTULOSA 667MG/ML EQ. A 3335MG (3.335G) /5ML (JARABE*240ML) - (H), 2) L-ORNITINA/L-ASPARTATO 3G (POLVO ORAL*5G) y 3) RIFAXIMINA TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 200 MG** que fueron ordenados en la MIPRES No. 20201214145024959195 y autorizar a la institución prestadora de salud, que este adscrita, para que sean suministrados los mismos, conforme lo ordenó su médico tratante, atinentes a proveerle en lo posible, una calidad de vida en condiciones de salud lo

mayormente dignas, tendientes a erradicar la enfermedad o, de no ser posible, a proporcionar los paliativos que sus patologías.

TERCERO: NOTIFIQUESE INMEDIATAMENTE ESTA SENTENCIA al ciudadano **CARLOS JESUS MONSALVE BOLIVAR**.

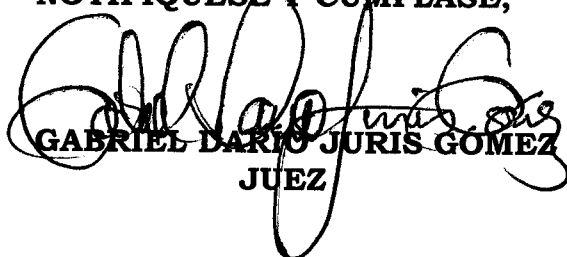
Así mismo, al representante legal de **NUEVA EPS**, mediante oficios personales, como lo previene el **artículo 30 del decreto 2591 de 1.991**, remitiéndoles fotocopia de este pronunciamiento.

CUARTO: NOTIFIQUESE INMEDIATAMENTE ESTA SENTENCIA, mediante oficios personales, al MINISTERIO DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), a la IPS FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL - INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA y a AUDIFARMA, para los fines previstos en los **artículos 13, in fine y 16 del decreto 2591 de 1.991**, remitiéndoles fotocopia de este pronunciamiento.

QUINTO: La entidad accionada, informará inmediatamente a la Corporación el cumplimiento de la presente sentencia (**art. 27 del decreto 2591 de 1.991**).

SEXTO. Si la sentencia no es impugnada, remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión (**art. 31, in fine del decreto 2591 de 1.991**).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


GABRIEL DARIO JURIS GÓMEZ
JUEZ