

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020).

Tutela de Segunda Instancia No. **83-2020-00220-00**

Resuelve este Despacho la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferida por el Juzgado 83 Civil Municipal de esta Ciudad, actualmente 65 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, de fecha 06 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

JENNIFER FERREIRA MURKIN solicitó el amparo de los derechos fundamentales denominados sus derechos fundamentales, VIDA DIGNA, CALIDAD DE VIDA Y LA SALUD, los cuales consideró fueron lesionados por la EPS SANITAS.

Como sustento fáctico señaló que fue diagnosticada con *espondilitis anquilosante* y por lo tanto el galeno tratante le formulo el medicamento denominado ETANERCEPT 50MG.

Desde el año 2013, la EPS accionada autorizó que el medicamento fuera entregado a la actora en las droguerías CRUZ VERDA y luego de hacersele una indicción se le permitió que se aplicara el mismo directamente por el usuario en su residencia.

Los médicos tratantes, suspendieron la aplicación del medicamento, a fin de verificar el estado del tratamiento, mas sin embargo dado las resultas se hizo imperioso prescribirlo nuevamente.

Para el momento en el que se solicitó nuevamente el suministro del medicamento la EPS accionada, informó a la actora que no era posible el entregar el medicamento directamente a la paciente, por lo que ere necesario remitirla a la IPS CECIMIN, a fin de que en dicho lugar se le suministre la dosis requerida.

En razón a sus labores cotidianas, señala la actora que no es posible ir hasta la IPS CECIMIN a fin de que le suministraran el medicamento y menos olvidar que ella tenía ese conocimiento, pues con anterioridad era ella quien se aplicaba la fórmula médica.

Aduce que la orden de medicamento data del 3 de diciembre de 2019 y a la fecha de la presentación de la demanda no ha sido posible que le suministren el medicamento

Lo pretendido

Por medio de esta acción, solicita la actora que se le autorice el retirar el medicamento ETANERCEPT 50MG., en cualquier farmacia a nivel nacional donde la EPS señale a fin de que el mismo sea aplicado en la residencia de la señora Ferreira.

Trámite de la primera instancia.

Correspondió por reparto la compendiada acción, al Juzgado 83 Civil Municipal de esta Ciudad - hoy 65 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta Ciudad, quien mediante auto del 03 de marzo de 2020, la admitió y ordenó la notificación de LA EPS ACCIONADA con el fin de que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones narrados por la tutelante, vinculando al trámite a COLSANITAS MÉDICINA PREPAGADA y a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES.

COLSANITAS MEDICINA PREPAGADA, señaló que la aplicación ambulatorios y el suministro de medicamentos, no hacen parte de la cobertura del contrato de medicina prepagada, que se encuentra vigente con la actora, además dicha entidad ha cumplido todos los servicios por ella solicitados.

La EPS SANITAS, informó al despacho que ha cumplido con todas a las obligaciones a su cargo, mas sin embargo al respecto de la solicitud de aplicación del medicamento de manera ambulatoria no es procedente, por cuanto la resolución 6408 de 2016 negó aquel servicio, ya que el medicamento requiere precauciones especiales de conservación y aplicación, sin que se cuente por parte del galeno una orden de aplicación domiciliaria.

Finalmente EL ADRES, indicó que es función de la EPS el garantizar la prestación de los servicios de salud, y que la vulneración de los derechos

fundamentales invocados, solamente están en cabeza de la EPS, ahora bien indica que la solicitud de recobro desborda la órbita del juez de tutela, por cuanto no es necesario que medie orden emitida por un despacho, para que se pueda efectuar el trámite administrativo de recobro con cargo a los recursos del SGSS.

Partiendo de las anteriores consideraciones, me permito elevar ante el Despacho las siguientes

La sentencia impugnada.

El juez de primer grado decidió conceder el amparo de tutela, luego de determinar que la actora tiene la necesidad de que le presenten el servicio de salud, -aplicación del medicamento *ETANERCEPT 50MG.*-, en su hogar, ordenando que la EPS SANITAS, realice la valoración médica pertinente a la actora a fin de determinar si es pertinente o no suministrarle los medicamentos en la residencia o que se le entregue a la señora Ferreira.

Ello bajo los términos y condiciones que los galenos que la indiquen a la EPS SANITAS.

La impugnación.

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la EPS SANITAS., optó por impugnar el fallo de tutela.

Fundando su desacuerdo en que, se debe REVOCAR Las órdenes dadas, en la sentencia, por cuanto se hace necesario que se ordene “a la EPS Sanitas S.A.S., a través de la persona responsable de dar cumplimiento a los fallos de tutela en cabeza de sus superior jerárquico, para que administre y aplique el medicamento ETANERCEPT 50MG., a la señora JENNIFER FERRERIRA MURKIN, cuya manipulación deberá ser supervisada por un profesional de salud capacitado y entrenado en la técnica, siguiendo todos los protocolos de administración de medicamentos, con el fin de evitar riesgos posibles, y solicita de manera expresa que se ordene al ADRES, que reintegre a esta entidad en un término perentorio, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO POS que en virtud de la orden de tutela se le suministren a la accionada.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela.

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades. Esta acción es dada para que toda persona pueda acudir a un juez con el fin de que se le proteja su derecho ante una conducta de acción u omisión de la autoridad que vulnere o amenace un derecho fundamental individual y ante la situación de carencia de otro mecanismo judicial para la protección de los derechos de que se trate. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

Legitimación por activa y por pasiva.

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, *“se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”*. En fallo T-202 de 2008 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) se reiteró que la agencia oficiosa encuentra fundamento en el principio de solidaridad, ante *“la imposibilidad de defensa de la persona a cuyo nombre se actúa”*, agregando:

“El propósito de la misma consiste en evitar que, por la sola falta de legitimación para actuar, en cuanto no se pueda acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante que pesa sobre ellos. Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del Derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta.

Es, por ello, una forma de lograr que opere el aparato judicial del Estado, aún sin la actividad de quien tiene un interés directo. Se trata de lograr la atención judicial del caso de quien actualmente no puede hacerse oír. Es en su interés que se consagra la posibilidad de que el Estado obre a partir de la solicitud del agente oficioso.”

Corresponde entonces al juez de tutela verificar en cada caso si, en efecto, el titular de los derechos cuya protección se busca por esta vía judicial no puede ejercer por sí mismo su defensa. En los antecedentes expuestos se evidencia que en todos los casos bajo estudio los agenciados padecen enfermedades que en la mayoría de los eventos implican postración en cama y severas dificultades de movilización, por edad y/o por condiciones de salud, todo lo cual muestra como verosímil la imposibilidad física que ellos tienen para ejercer su propia defensa, la que en varios de esos casos ejercieron personas del más cercano núcleo familiar respectivo, dándole plena viabilidad a su ejercicio.

Suministro oportuno de medicamentos

El suministro de medicamentos constituye una de las principales obligaciones que deben cumplir las entidades promotoras del servicio de salud. De ahí que, a juicio de la alta Corporación, dicha obligación debe satisfacerse de manera oportuna y eficiente, de suerte que cuando una EPS no se allana a su cumplimiento, se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del paciente, por cuanto la dilación injustificada en su entrega, generalmente se traduce en que el tratamiento que le fue ordenado se suspende o no se inicia de manera oportuna. Esta situación, en criterio de la Corte, puede conllevar a una afectación irreparable de su condición y a un retroceso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad.

Desde esta perspectiva, la H. Corte Constitucional ha insistido en que el suministro tardío o no oportuno de los medicamentos prescritos por el médico tratante desconoce los citados principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud.

Adicionalmente, existe una afectación de los citados principios, de los cuales depende la garantía del derecho a la salud, en aquellos casos en los que, por la existencia de un obstáculo o barrera injustificada, el paciente no puede acceder a los servicios del sistema o al suministro de los medicamentos, una de tales situaciones se presenta, cuando, teniendo en cuenta las cargas soportables que se exigen para los usuarios del sistema, se reconoce el suministro de los medicamentos ordenados para el tratamiento en una ciudad diferente a la de la residencia del paciente y éste no tiene las condiciones para trasladarse, ya sea por falta de recursos económicos o por su estado físico.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-460 de 2012,

“...esta Corporación estudió la solicitud de amparo de una mujer de la tercera edad en un delicado estado de salud, representada por el Personero de Heliconia, en

la que se solicitó que un medicamento no POS autorizado por el Comité Técnico Científico, le fuera entregado en su población de residencia y no en la ciudad de Medellín. En dicha oportunidad, con fundamento en que la falta de entrega del medicamento en su lugar de domicilio implicaba una limitación irrazonable al acceso eficiente al sistema de salud, esta Corporación amparó los derechos fundamentales “de acceso y prestación integral del servicio de salud y vida digna de la accionante”. Por esta razón, se ordenó a la EPS accionada entregar los medicamentos prescritos por el médico tratante, en la IPS autorizada para tal fin en el municipio de Heliconia...”

En conclusión, a juicio de la Corte, las entidades promotoras de salud no sólo tienen la obligación de garantizar la oportuna y eficiente entrega de los medicamentos que requiere el paciente, sino también la de adoptar medidas especiales cuando se presentan barreras injustificadas que impidan su acceso, ya sea por circunstancias físicas o económicas, más allá de las cargas soportables que se exigen para los usuarios del sistema, pues de ello depende, en muchos casos, el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la integridad física.

Procedimiento para recobro de servicios ante los entes territoriales

En los más recientes pronunciamientos, la Corte en su posición garantista, ha protegido los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los accionantes, ordenando a las entidades accionadas el suministro de pañales, sobre todo si la patología que aqueja al accionante es la que origina una incontinencia urinaria.

Frente al suministro de pañales desechables, es claro que por sí mismos no contribuyen directamente a la recuperación o cura definitiva de la patología del paciente. No obstante, si tienen una incidencia positiva en el derecho a la dignidad humana.

En suma, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez constitucional, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario. En cambio, no ocurre lo mismo con el suministro de guantes para cambio de pañal, por cuanto no contribuyen ni a la recuperación de la enfermedad del paciente, ya que el uso sería para un tercero, y tampoco impacta positivamente en su dignidad humana.

Por consiguiente, cuando el profesional de la salud determina que un paciente requiere la prestación de servicios médicos, de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, es la respectiva entidad prestadora la que tiene el deber de brindarlos, acudiendo al trámite que más adelante se explicará, sin que dicho procedimiento sea una barrera de acceso para el usuario.

ara ilustrar de una mejor manera el procedimiento de recobro de insumos excluidos expresamente del Plan de Beneficios, que las EPS-S deben surtir ante los entes territoriales, es necesario referirnos a una de las fuentes de financiación de las EPS, que es la unidad de pago por capitación definida como un monto en dinero fijo y anual que reconoce el SGSSS a estas entidades por cada afiliado, con el fin de garantizar las prestaciones del Plan de Beneficios en Salud; que para el régimen subsidiado se le denomina unidad de pago por capitación del régimen subsidiado -UPC-S-. Es el valor reconocido por el SGSSS para cubrir aquellos servicios incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud del régimen subsidiado.

En un principio, la función de definir el valor de la unidad de pago por capitación, en atención a componentes técnicos, epidemiológicos y demográficos le correspondió al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, suma que debía ser ajustada año tras año. Posteriormente, dicha responsabilidad se trasladó a la Comisión de Regulación en Salud -CRES- que en virtud de la Ley 1122 de 2007 reemplazó al CNSSS. En la actualidad, el valor de la UPC (valor anual por cada uno de los afiliados al SGSSS) tanto del régimen contributivo como del subsidiado, la define directamente el Ministerio de Salud y Protección Social anualmente.

Se tiene estipulado que hasta el 1º de abril de 2019, la normativa aplicable al procedimiento para el recobro que deben hacer las EPS-S a su respectivo ente territorial, por la prestación de servicios y tecnologías no financiados por la UPC-S de sus afiliados del régimen subsidiado, conforme al artículo 1º de la Resolución 5871 de 2018 “por la cual se modifica la Resolución 2438 de 2018, en relación con el plazo para la activación de las entidades territoriales en el aplicativo de prescripción MIPRES del régimen subsidiado”, es la contenida en la Resolución 1479 de 2015 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social y la del título II de la Resolución 5395 de 2013 que regula específicamente la conformación y funcionamiento de los comités técnicos científicos.

A partir de lo expuesto, cada departamento con fundamento en las necesidades y exigencias propias, adoptaron un modelo, ya fuera centralizado o descentralizado, para garantizar el acceso de los usuarios del régimen subsidiado en salud a los servicios no incluidos en el PBS, asegurando el adecuado flujo de recursos para los prestadores de servicios de salud. Pues bien, en relación con el expediente T-6.982.011, es la Dirección Seccional de Salud Departamental de Antioquia, la llamada a garantizar aquellos servicios no incluidos en el PBS; y en el caso del expediente T-6.992.167, es la Secretaria Departamental de Salud del Cauca, la responsable de garantizar aquellos servicios no incluidos en el PBS.

De conformidad con lo anotado en el acápite, las entidades territoriales responsables de la garantía del suministro de las tecnologías en salud y servicios

complementarios no financiadas con recursos de la UPC-S acorde con su capacidad tecnológica y administrativa, deberán estar activas en el aplicativo de prescripción definido por la Resolución 2438 de 2018, y tendrán un plazo de seis meses a partir de la inscripción exitosa en la herramienta para adecuarse al procedimiento de la nueva plataforma, tiempo durante el cual continuarán surtiendo el trámite establecido en el título II de la Resolución 5395 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social.

Por otra parte, la Corte reitera que la prestación de servicios de salud y/o entrega de medicamentos o insumos debe analizarse con base en las siguientes alternativas:

“i. Que se encuentren incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC;

ii. Que no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC. En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES. Adicionalmente, en caso de ser reclamados en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia de esta Corporación para ordenar su autorización; o

iii. Que se encuentren excluidos expresamente del Plan de Beneficios en Salud, como consecuencia del procedimiento de exclusión previsto por la Resolución 330 de 2017.”

Ahora bien, tal como se explicó previamente las sillas de ruedas no hacen parte del primer grupo dado que la Resolución 5857 de 2018, en su artículo 59, parágrafo 2º, refiere que *“no se cubren con cargo a la UPC sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos”*. No obstante, esto no significa que estén en la tercera opción, pues tampoco se encuentran en la lista de exclusiones de la Resolución 330 de 2017, hoy modificada por la Resolución 244 de 2019.

Mucho menos puede afirmarse que no pertenecen al ámbito de la salud, como lo refirió el Ministerio de Salud y Protección Social en el presente caso, pues se trata de instrumentos prescritos por razones médicas que tienen como fin menguar las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentra una persona por una determinada afección clínica y, además, permitir que tenga una vida en condiciones de dignidad humana, más aún, tratándose de un sujeto de especial protección constitucional.

Así las cosas, la Sala reitera lo resuelto en la sentencia T-464 de 2018, en la cual se clarificó que las sillas de ruedas sí hacen parte del sistema de salud bajo el segundo supuesto de los tres recién mencionados, esto es, que hacen parte del PBS pero no son financiadas por la UPC, sino que las EPS deben adelantar el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y recobro al ADRES, para lo cual deben hacer uso de la herramienta MIPRES.

Al respecto, la Sala concluye que, si existen fallas u omisiones en este aplicativo, no resulta aceptable, bajo concepto alguno, que sean los pacientes quienes deban asumir la negativa de un insumo o servicio por los errores del sistema, o la posible descoordinación entre las EPS y el Ministerio de Salud y Protección Social para cumplir una prescripción médica.

La H., Corte enfatiza y reitera que las dificultades o eventuales fallas del MIPRES no pueden ser un obstáculo para el acceso efectivo e integral de los servicios ordenados a un paciente por su médico tratante. Son las EPS quienes deben acatar la orden médica sin dilación alguna y posteriormente iniciar los trámites a que haya lugar ante el Ministerio de Salud y Protección Social y/o ante la ADRES para obtener el recobro de los gastos incurridos.

Frente a este punto, se reitera que si una EPS incumple su obligación, el juez de tutela es quien debe intervenir para proteger los derechos fundamentales en peligro y, si hay lugar a ello, ordenar la entrega o suministro del servicio requerido, para lo cual debe verificar los siguientes presupuestos:

“i. La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la integridad personal de quien lo requiere;

ii. El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan de Beneficios en Salud;

iii. Ni el interesado ni su núcleo familiar pueden costear las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada 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 lo solicita, o se puede deducir razonablemente que la persona requiere dicho servicio”.

Caso en concreto.

Ahora bien, descendiendo al caso en específico, ha de decirse que el despacho analizará, la impugnación presentada por parte de la EPS Sanitas S.A.S., pues se tiene que esta versa simplemente el modo sobre el cual debe dar

cumplimiento al fallo del Juez de Primera instancia y la posibilidad de recobro que tiene la entidad sobre el ADRES.

En lo que respecta al servicio de entrega o suministro del medicamento ETANERCEPT 50MG., se tiene que la orden de dar el tratamiento a la actora no tiene reparo, mas sin embargo se duele la entidad impugnante en la orden dada por el Juez de instancia, queriendo que ellos sean los encargados de la aplicación del mismo y de no poderse dar aquel, se les autorice encargar a alguien - un profesional- para que esté al tanto del modo que se aplicará la inyección ordena por el médico tratante.

Asi las cosas, se otea que lo alegado por el pasivo en esta sede de impugnación carece de sentido pues, el Juez de primera instancia fue claro en la parte resolutive de la sentencia aquí atacada ya que deja en manos de la EPS impugnante la posibilidad de determinar si es posible o no suministrar el medicamento a la actora o si por el contrario se cree que debe aplicársele de manera domiciliaria por uno de los médicos que ellos determinen.

Por lo que con lo dispuesto en el párrafo dos del numeral segundo de la resolutive de la sentencia atacada, se entrega la potestad a los galenos tratantes de la patología el ordenar o no a favor de la actora y que tan procedente y conveniente puede ser entregar a la señora Ferreira el medicamento para que ella misma se lo suministre o en su defecto agendar citas para aplicárselo en su domicilio.

Se denota así que el dar una orden diferente a la del juez de instancia no es pertinente, ya que no se tiene prueba en el expediente de que a la fecha de esta providencia se hubieran adoptado las medidas necesarias para determinar la procedencia de entregar el ETANERCEPT 50MG., directamente a la señora Ferreira o por intermedio de un médico, ahora bien no es esto excusa para la no prestación del servicio – medicamentos-.

Pues dadas las características de la inyección, se hace pertinente que exista una orden expresa de un galeno adscrito a la EPS impugnante donde se señale la posibilidad de entregar domiciliariamente el medicamento o si por el contrario la determinación que la señora Ferreira cuenta con los conocimientos para tal fin.

Puestas así las cosas, el hecho de modificar las órdenes dadas en el numeral segundo de la sentencia atacada no tendrá prosperidad así que se mantendrán incólumes.

Ahora bien, en lo que respecta a determinar si la EPS Sanitas S.A.S., debe solicitar al juez de tutela a que le se faculte para realizar el recobro de los medicamentos entregados a la señora Ferreira, autorizados en esta acción.

Se dirá que dicho derecho se encuentra regulado en la Resolución 1885 de 2018 del Ministerio de Salud, por lo que no debe existir orden judicial a favor de la entidad prestadora de salud, que entregue la posibilidad de ejercer la acción de recobro, pues deberá la EPS., ejercer el procedimiento establecido en dicha norma, para su suministro y recobro ante el ADRES

Por todo lo citado, se colige que los reparos que son sustento de la impugnación aquí resuelta no tendrán prosperidad, así que, este despacho CONFIRMARÁ la sentencia de fecha 06 de marzo de 2020, emitida por el Juzgado 82 Civil Municipal de Bogotá – hoy 65 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta Urbe.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 83 Civil Municipal de Bogotá - hoy 65 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, de fecha 06 de marzo de 2020, por la razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a todos los interesados por el medio más expedito y al Juzgado de origen remítase copia del fallo para lo de cumplimiento.

TERCERO: REMITIR lo actuado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,


AURA ESCOBAR CASTELLANOS

Jueza