

T-124-19

Sentencia T-124/19

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia por cuanto la tutela fue presentada en forma directa, sin que hubiere mediado una solicitud previa de la prestación de los servicios a la entidad demandada

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Concepto

El plan de beneficios en salud es el compendio de los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del sistema de salud, su financiación se hace con recursos girados de los fondos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- por cada afiliado, según la edad y se denominan Unidad de Pago por Capitación -UPC-

DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES-Obligaciones de los usuarios del sistema y derecho a recibir información clara y precisa sobre los servicios y mecanismos para hacer valer sus derechos

Referencia: expediente T-7.049.600

Acción de tutela instaurada por José Silvestre Castillo contra Medimás E.P.S.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º. de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

I. ANTECEDENTES

El señor José Silvestre Castillo, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra Medimás E.P.S., al considerar vulnerado su derecho fundamental a la salud. Para sustentar la pretensión de amparo, narró los siguientes hechos[1]:

1º. Informó que tiene 68 años de edad, es cabeza de familia, se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud, está inscrito en el Sisbén nivel III en la ciudad de Acacías, Meta, y su E.P.S. es Medimás.

2º. Indicó que fue diagnosticado con hipertensión arterial y debido a que los medicamentos del plan de beneficios[2] para el tratamiento de dicha enfermedad no tuvieron un efecto favorable en su salud, el 9 de agosto de 2018, el médico tratante le prescribió irbesartan 150 mg + amlodipinso 5 mg.

3º. Manifestó que el médico diligenció el formulario de solicitud y justificación para tecnologías en salud no incluidas en el plan de beneficios con cargo a la UPC[3], especificando los criterios que acreditan la necesidad de suministrarlos ante el riesgo inminente para la vida del paciente[4], sin que el accionante acudiera a reclamarlo ante la E.P.S.

4º. Sobre la base de lo anterior, solicitó la protección del derecho fundamental a la salud y, en consecuencia, se le ordene a Medimás E.P.S. disponer lo necesario para la entrega del medicamento para los meses de diciembre de 2018, enero y febrero de 2019.

Trámite procesal en sede de instancia

5º. A través del auto del 14 de agosto de 2018, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacías, Meta, admitió la acción de tutela, ordenó notificar a la entidad accionada y vinculó a la Superintendencia Nacional de Salud para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la solicitud de amparo.[5]

Respuesta a la acción de tutela

6º. El Representante Legal Judicial de Medimás E.P.S., solicitó declarar improcedente la acción por inexistencia de violación o puesta en peligro del derecho fundamental invocado.

Manifestó que la acción está encaminada a obtener prestaciones que no hacen parte de la cobertura del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC y está fuera de los anexos 1, 2 y 3 de este; siendo necesario que el médico adscrito a la E.P.S. lo prescriba, estudie y evalúe su pertinencia en el evento de no encontrarse incluido en la Resolución 5269 de 2017[6], lo cual se hace respetando unos tiempos mínimos, dependiendo de la patología del paciente[7]. Sin embargo, el actor no ha iniciado los trámites pertinentes y pretende saltarse los términos en que se desarrolla la prestación del servicio y la respuesta oportuna, pues solo en el evento en que haya una negativa procede la acción de tutela[8].

7º. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, solicita que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la vulneración invocada, no deviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad[9].

Decisión de única instancia

Pruebas obrantes en el expediente

9º. De las pruebas aportadas al proceso se destacan las siguientes:

i) Historia clínica del actor de la I.P.S. Llanos Orientales Acacías, donde consta que padece de hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2 no insulino dependiente, hiperplasia prostática, insomnio y obesidad. Además, en el mismo documento se hace mención a los problemas con la entrega de medicamentos de alto costo por ser del régimen subsidiado y haber presentado acción de tutela para la entrega de los mismos (folios 7 a 8).

ii) Fórmula expedida por el médico tratante adscrito a la I.P.S. Llanos Orientales Acacías,

en la cual se prescribió irbesartan 150 mg + amlodipinso 5 mg para tres meses (folio 9).

iii) Formato de solicitud y justificación para medicamentos no incluidos en el plan de beneficios con cargo a la UPC, diligenciado por el médico tratante. (folio 10).

ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

10º. Por Auto del 11 de diciembre de 2018, el Magistrado Sustanciador le solicitó al actor que informara de forma clara, detallada y con los soportes respectivos: i) si había solicitado ante Medimás E.P.S. la entrega del medicamento irbesartan 150 mg + amlodipinso 5 mg y, en caso de respuesta afirmativa, indicara el estado actual; ii) su condición económica, haciendo énfasis en los ingresos que percibía y los egresos respectivos; y iii) cómo se encontraba conformado su núcleo familiar y el estado socioeconómico del mismo. Adicionalmente se ofició a Medimás E.P.S. para que señalara si había recibido solicitud del accionante para la entrega del ya citado medicamento, en qué fecha y la respuesta dada por la entidad.

11. De acuerdo con el informe del 16 de enero de 2019 de la Secretaría General de esta Colegiatura, no se recibió respuesta alguna a lo solicitado[11].

12. Ante este panorama y dada la necesidad de contar con la información solicitada, mediante auto del 22 de enero de 2019, se requirió al actor y a Medimás E.P.S. para que dieran respuesta a lo solicitado el 11 de diciembre de 2018. El cual tampoco fue atendido según consta en el informe de la Secretaría General de la Corporación.

El 30 de enero del año en curso, el despacho se comunicó vía telefónica[12] con el señor José Silvestre Castillo, el cual manifestó que ya había presentado la documentación para la entrega del medicamento irbesartan 150 mg + amlodipinso 5 mg, no incluido en el plan de beneficios con cargo a la UPC, ante Medimás E.P.S., aduciendo que estaba en espera de la respuesta.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar el fallo de tutela mencionado, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto Ley 2591 de 1991.

Problema jurídico

12. Corresponde a la Sala determinar si ¿es procedente acudir a la acción de tutela para reclamar servicios o tecnologías no incluidas en el plan de beneficios con cargo a la UPC, pese a que no existe una respuesta negativa por parte de la E.P.S. al no haber solicitado la entrega del medicamento?

A fin de resolver la cuestión formulada, la Corte reiterará la jurisprudencia sobre (i) el derecho fundamental a la salud; ii) los requisitos para acceder a los medicamentos no incluidos en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC; iii) los derechos y deberes de

los pacientes; y (iv) el caso concreto.

Derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

13. Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política establecen la seguridad social como un servicio público esencial a cargo del Estado, cuyo fin es garantizar a todas las personas el acceso a la misma bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Con fundamento en las disposiciones constitucionales, en diferentes instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos[13]; la Convención Internacional sobre la eliminación de Todas Formas de Discriminación Racial de 1965[14]; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[15]; y en documentos como la Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales[16]; se profirió la sentencia T-760 de 2008 que reconoció la salud como derecho fundamental[17]. En esta sentencia, la Corte no se limitó a revisar y resolver las causas individuales, sino que también concluyó que en vez de tratarse simplemente de problemas aislados y específicos de usuarios, los casos analizados representaban violaciones recurrentes provocadas por dificultades estructurales presentes en los diferentes niveles del sistema de salud, generados principalmente por fallas en la regulación. A efectos de intervenir dicha situación, este Tribunal adoptó una serie de órdenes complejas.

Cabe precisar, que con anterioridad a la sentencia T-760 de 2008, esta Corporación ya había reconocido la salud como derecho fundamental susceptible de protección a través de la acción de tutela cuando resultare vulnerado, por ejemplo, con la negativa a prestar un servicio, comprometiendo la vida y la dignidad humana del usuario del sistema. De ahí que fuese amparado no solo cuando representaba un peligro para la vida en condiciones dignas, entendiendo que dicha salvaguardia se extiende a la recuperación y mejoramiento del paciente.[18]

Con fundamento en la sentencia T-760 de 2008, se expidió la Ley 1751 de 2015[19], que reconoció el derecho a la salud como “fundamental, autónomo e irrenunciable y como servicio público esencial obligatorio a cargo del Estado”[20]. En el artículo 6º. estableció los principios que lo orientan, entre los que se destacan: i) universalidad, que implica que todos los residentes del territorio gozarán del derecho a la salud en todas las etapas de la vida; ii) pro homine, en virtud del cual todas las autoridades y actores del sistema de salud interpretarán las normas vigentes que sean más favorables para proteger el derecho a la salud; iii) equidad, referido a la necesidad de implementar políticas públicas dirigidas al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección; iv) continuidad, según el cual una vez iniciado un servicio no puede suspenderse por razones administrativas o económicas; y v) oportunidad, el cual significa que los servicios deben ser provistos sin demoras.

El artículo 8º. dispuso que la prestación de este servicio debe ser completa e integral, con independencia de su cubrimiento y financiación, prohibiendo fragmentarlo en desmedro de la salud de los pacientes. Por tal motivo se estableció un límite a las exclusiones del artículo 15, en virtud del cual se restringe la prestación de algunos servicios y tecnologías con cargo a recursos públicos, como aquellos que tengan un propósito cosmético, que no

exista evidencia científica sobre su seguridad, eficacia y efectividad clínica, que no haya sido autorizado por la autoridad competente, se encuentre en fase experimental o que tenga que ser prestado en el exterior; es decir, se garantiza la cobertura para proteger el derecho a la salud salvo aquellos que estén expresamente excluidos.

Por su parte, el plan de beneficios en salud es el compendio de los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del sistema de salud[21], su financiación se hace con recursos girados de los fondos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- por cada afiliado, según la edad y se denominan Unidad de Pago por Capitación -UPC-[22].

La Ley Estatutaria en Salud tuvo control previo por la Corte que en sentencia C-313 de 2014, la halló ajustada al ordenamiento jurídico. En esa providencia, este Tribunal sostuvo que la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que determinan las condiciones mediante las cuales las personas pueden llevar una vida sana, teniendo como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías, estableciendo plenamente las limitaciones al servicio. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, ejerciendo una adecuada inspección, vigilancia y control a las E.P.S., de lo contrario se hace nugatoria la realización del mismo. Para nuestro caso, es pertinente resaltar, que esta Corporación encontró que las exclusiones se ajustan a la Constitución, pues las limitaciones al plan de beneficios en salud, son constitucionalmente admisibles bajo el propósito de salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud.

Concretamente, acerca de la procedencia de la acción de tutela para acceder a beneficios del plan de salud, la Corte ha señalado que los usuarios tienen derecho a recibir el tratamiento completo que garantice la recuperación de su salud.

En ese sentido la sentencia T-020 de 2013, al estudiar el caso de una persona afiliada al régimen subsidiado en salud, a quien no le prestaron los servicios que requería por conflictos administrativos entre distintas entidades que se trasladaban unas a otras la responsabilidad de la atención médica porque la patología era un evento no cubierto por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, determinó que, a las personas vinculadas al régimen subsidiado se les vulneraba el derecho a la salud cuando se les negaba la prestación de un servicio por no encontrarse dentro de la cobertura y este no pudiera ser sustituido por otro, siempre que no se desvirtuara la presunción de incapacidad económica.

Igualmente, la sentencia T-121 de 2015, reiteró que el derecho a la salud no está limitado a la prestación de un servicio curativo, sino que abarca el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos hasta que se logre la recuperación y estabilidad del paciente. La Corte sostuvo que en atención al principio pro homine, si existen dudas en torno a si el servicio solicitado está o no incluido dentro del plan de beneficios, prevalece el favorecimiento a la prestación efectiva del mismo.

La sentencia T-094 de 2016, señaló que, el goce efectivo del derecho a la salud, es afectado cuando su prestación no es eficaz, ágil y oportuna, ya que la espera injustificada puede desviar la intención original del tratamiento.

En conclusión, la salud como servicio público esencial y derecho fundamental y autónomo debe ser garantizada por el sistema, permitiendo el acceso a los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías que estén cubiertos por el plan de beneficios, salvo los que se encuentran expresamente excluidos.

Requisitos para acceder a los medicamentos no cubiertos por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC

14. El Gobierno Nacional a través de la Resolución 5267 de 2017[23], estableció el listado de medicamentos y servicios excluidos del PBS[24], en atención a los parámetros contenidos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015. Adicionalmente la Resolución 5269[25] del mismo año, enlistó las tecnologías en salud cubiertas por el plan de beneficios con cargo a la UPC, que conforman el mecanismo de protección colectiva. El artículo 38 de esta última estableció que los medicamentos que cumplan con las condiciones de principio activo, concentración, forma farmacéutica y uso específico en los casos en que se describan en el anexo del “Listado de medicamentos financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación”, serían cubiertos con cargo a la UPC.

No obstante, un grupo de medicamentos y tecnologías no se encuentran contemplados en ninguno de los dos listados[26], razón por la cual cuando son requeridos por los usuarios, el médico tratante debe formularlos a través de Mipres[27]. Al respecto, es preciso mencionar que el uso de Mipres aún no es obligatorio para el régimen subsidiado[28], por lo que las autorizaciones de tecnologías cubiertas a través del mecanismo individual deben tramitarse por los Comités Técnico Científicos, como es el caso que nos ocupa.

Acerca del plan de beneficios en salud de la Ley 1751 de 2015, en la sentencia C-313 de 2014 esta Corporación señaló que “la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas”.

En otras palabras, este Tribunal halló que la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resultaba admisible, en la medida que todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar expresamente determinadas.

Así el plan de beneficios en salud está planteado de forma tal que, en caso de que un servicio no se encuentre expresamente excluido, deberá entenderse incluido. En consecuencia, el otorgar una tecnología en salud que no esté expresamente excluida del PBS, en ningún caso debe suponer un trámite adicional a la prescripción que realiza el médico tratante, pues ello implicaría una barrera en el acceso a los servicios y medicamentos cubiertos por el PBS.

Adicionalmente, es preciso señalar que si bien las exclusiones se originan por los límites de sostenibilidad que impone el esquema de aseguramiento en salud financiado con recursos públicos, la sentencia C-313 de 2014, categóricamente manifestó que existe la posibilidad de inaplicar las normas que regulan las exclusiones a la prestación del servicio siempre que:

i) la ausencia del medicamento o procedimiento amenace o vulnere los derechos a la vida

e integridad física del paciente; ii) no exista dentro del plan de beneficios otro medicamento o tratamiento que supla el excluido; iii) el paciente carezca de recursos económicos para sufragar los gastos del medicamento o procedimiento; y iv) el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la E.P.S.

Derechos y deberes de los pacientes

15. Cuando la Corte emitió la sentencia T-760 de 2008, identificó una serie de fallas estructurales en el SGSSS, entre ellas, que los usuarios no contaban con la información suficiente sobre sus derechos y deberes y el desempeño de la E.P.S. Por esta razón, a través de la orden vigésimo octava, que tiene como fin garantizar que los afiliados al sistema gocen efectivamente del derecho a la información, se estableció la necesidad de que las E.P.S. cuenten con herramientas concretas que le faciliten a los usuarios acceder a una información adecuada, clara y suficiente, lo que se vería reflejado en la posibilidad de ejercer derechos conexos como la libertad de elección de las entidades encargadas de brindarles la atención requerida[29].

La carta de derechos y deberes de los pacientes[30] incorpora las prerrogativas y obligaciones de los usuarios del sistema, quienes deben propender por el autocuidado, el uso racional de los recursos de la salud, el cumplimiento de las normas y la buena fe frente al sistema, entre otros. Dicho catálogo, protege los intereses de los afiliados, al suministrarles una información adecuada para que conozcan de manera clara y precisa la forma en que las E.P.S. e I.P.S. prestan sus servicios y los mecanismos a través de los cuales pueden valerse cuando consideren que les han vulnerado sus garantías[31].

De los deberes

16. La Ley 1751 de 2015 en el artículo 10 relacionó los deberes de las personas frente al servicio de salud, advirtiendo que en ningún caso se podrá impedir o restringir el acceso oportuno a los mismos invocando su incumplimiento[32]. El mencionado artículo señala entre otros el deber de: “a) Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad; b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención; c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; d) Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios salud; e) Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema; f) Cumplir las normas del sistema de salud, g) Actuar de buena fe frente al sistema de salud; h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio; i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago.”

De lo anterior tiene la Sala que si bien el derecho a la salud debe ser garantizado en óptimas condiciones, también los afiliados y pacientes tienen responsabilidades ante las E.P.S. e I.P.S. a fin de que los servicios requeridos sean prestados conforme a los mandatos constitucionales y legales. Cada una de las entidades promotoras y prestadoras del servicio de salud cuenta con una normativa, dirigida a todos los usuarios que gozan del acceso a los servicios de salud y sobre los cuales deben cumplir obligaciones en el ejercicio de su derecho[33].

Medimás E.P.S. en su carta de derechos y deberes relaciona el trámite a seguir cuando el médico tratante ordena un servicio que no está incluido en el plan de beneficios con cargo a la UPC, así como el proceso que se debe llevar a cabo para la autorización de los mismos, a saber:

i) Cuando el servicio no esté dentro del plan de beneficios el médico tratante debe informar al paciente y realizar la prescripción en el aplicativo MIPRES, haciendo la respectiva entrega de la formulación dentro de los dos días siguientes o en el primer día siguiente si la solicitud es prioritaria, haciendo entrega de la autorización a través el link de Medimás E.P.S. en línea, ingresando con el usuario y contraseña. De no ser posible la impresión, el usuario debe acercarse a la oficina de atención al usuario para solicitarla.

ii) Una vez impresa la prescripción a través del aplicativo Mipres, deberá ser revisada y auditada por la central nacional de autorizaciones, que aprobará o anulará el servicio, decisión que se comunicará mediante mensaje de texto y, si es aprobado el servicio, el usuario accede a este de manera presencial o electrónica[34].

En suma, las E.P.S. tienen el deber de informar a sus afiliados los trámites administrativos que deben realizar para la autorización y entrega de las prescripciones médicas, los cuales son de obligatorio cumplimiento.

Esta Corporación en diferentes pronunciamientos ha sostenido que la acción de tutela es procedente cuando el usuario del sistema acude a esta herramienta judicial para solicitar la protección del derecho a la salud, vulnerado por la negativa de la E.P.S. a prestar un servicio o tecnología ordenada por el médico tratante. Por lo contrario, ha declarado la improcedencia de la solicitud de amparo cuando se activa este mecanismo constitucional sin que el paciente haya acudido a reclamar el servicio y, en esa medida, no exista una denegación del mismo.

En la sentencia T-174 de 2015, una persona de 85 años que padecía de Alzheimer, y a quien se le venía programando una cita médica con el cardiólogo, decidió acudir a la acción de tutela de forma directa, sin que hubiere mediado una solicitud previa de la prestación de los servicios a la E.P.S. En esa oportunidad, la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela, al manifestar que “para que se ordene a una entidad promotora de salud (EPS) la práctica de un tratamiento o la entrega de un medicamento a favor de una persona, es necesario que esta última lo haya requerido previamente y aquella lo haya negado o exista una omisión de dar aplicación a las normas contenidas en el Plan Obligatorio de Salud. En este orden de ideas, sin el anterior requisito no es posible inferir la violación de un derecho fundamental”.

Igualmente, en la sentencia T-096 de 2016, estudio varios casos acumulados, en uno de ellos el actor solicitaba que se ordenara la asignación de citas por la especialidad de fisiatría, se entregaran medicamentos, una silla de ruedas y una prótesis, exonerándolo de copagos y proporcionándole el tratamiento médico integral, sin que aportara constancia de haber presentado la petición a la E. P. S. y que hubiere sido negada. La Corte consideró que, aunque es entendible que los usuarios del sistema de salud deseen hacer más rápida y efectiva la protección de su derecho fundamental y supongan que mediante la acción constitucional obviarían los procedimientos previamente establecidos, el juez de tutela no

puede ordenar la satisfacción de un derecho que nunca fue solicitado.

En síntesis, los usuarios del sistema tienen derechos y obligaciones que deben cumplir para acceder a los servicios y tecnologías, pues omitir el cumplimiento de sus deberes, por ejemplo, al no reclamar o solicitar determinada prestación ante la E.P.S. sino por vía de la acción de tutela, la torna improcedente al no existir una acción u omisión por parte de la entidad promotora de salud.

Caso concreto

Presentación del asunto

17. El señor José Silvestre Castillo solicitó el amparo del derecho fundamental a la salud, que estimó vulnerado por Medimás E.P.S. al no entregarle el medicamento irbesartan 150 mg + amlodipinso 5 mg, no incluido en el plan de beneficios con cargo a la UPC. Por lo anterior pidió que se le ordene a la entidad disponer lo necesario para entregarlo en los meses de diciembre de 2018, enero y febrero de 2019.

En instancia la acción fue negada por improcedente, al considerar que el amparo se inició prematuramente, dado que la E.P.S. no le ha negado la entrega del medicamento no incluido en el plan de beneficios con cargo a la UPC, pues desde la orden médica hasta la interposición de la acción pasaron solo 3 días hábiles.

Procedencia de la acción

18. A continuación, la Sala verificará el cumplimiento de los presupuestos de procedencia de la acción:

i) Legitimación en la causa: el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela podrá ser presentada por todo ciudadano o por quien actúe en su nombre. En este sentido el Decreto Ley 2591 de 1991 en el artículo 10, establece que puede ser promovida por: (i) cualquier persona por sí misma o a través de apoderado judicial; (ii) cuando la persona a la que se le están vulnerando o amenazando sus derechos no esté en condiciones de hacerlos valer, puede ser agenciada a través de agente oficioso quien debe aclarar la condición en que se encuentra el agenciado para reconocérsele la legitimidad para actuar; y (iii) por intermedio del Defensor del Pueblo y los Personeros Municipales.

El actor acudió a la acción de tutela a fin de obtener el amparo de su derecho fundamental a la salud, que estimó vulnerado por Medimás E.P.S., al no suministrarle el medicamento irbesartan 150 mg + amlodipinso 5 mg no incluido en el plan de beneficios con cargo a la UPC. En ese orden, tanto el actor como la accionada están legitimados en la causa por activa y pasiva, respectivamente, en la presente acción de tutela.

ii) Inmediatez: este requisito hace referencia al término en el cual debe ejercerse la acción para reclamar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. Se ha considerado que este se contabiliza a partir del hecho identificado como vulnerador y supone que la solicitud de amparo se efectuó en un término prudencial y razonable, ya que la tutela “no puede tornarse en instrumento para suplir las deficiencias, errores y descuidos de quien ha dejado vencer términos o permitido la expiración de sus propias oportunidades

de defensa judicial o de recursos, en cuanto, de aceptarse tal posibilidad, se prohijaría el desconocimiento de elementales reglas contempladas por el sistema jurídico y conocidas de antemano por quienes son partes dentro de los procesos judiciales, se favorecería la pereza procesal y se haría valer la propia culpa como fuente de derechos”.[35]

De forma reiterada ha sostenido la Corte que no existe un término de caducidad de la acción[36], de modo que el cumplimiento de este requisito debe ser analizado en cada caso y dependerá de sus particularidades.

En el asunto bajo estudio, el 9 de agosto de 2018 el médico tratante ordenó el medicamento irbesartan 150 mg + amlodipinso 5 mg diligenció el formulario de solicitud y justificación para medicamentos no incluidos en el plan de beneficios con cargo a la UPC. La acción de tutela se interpuso el 14 de agosto de 2018, es decir, 5 días después de haberse generado la prescripción médica, quedando así acreditado el requisito de inmediatez.

(iii) Subsidiariedad: se deriva del carácter residual de la acción de tutela, en virtud del cual es viable acudir al amparo cuando el reclamante ha agotado todos los medios de defensa que tenía a su alcance, salvo que dichos mecanismos no fuesen idóneos o eficaces, o se esté ante la inminencia de un perjuicio irremediable[37]. Es importante resaltar, que esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental[38], por lo que no pueden conceder la protección si no existe una prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental[39].

En la sentencia T-066 de 2002, la Corte afirmó que no se puede recurrir al amparo constitucional sobre la base de actos que no se han proferido, pues no solo se estaría violando el debido proceso de las entidades públicas, sino que también se estaría vulnerando uno de los fines esenciales del estado como es asegurar un orden justo.

De igual manera la providencia SU-975 de 2003, sostuvo que debe existir una acción u omisión que vulnere el derecho fundamental. Así mismo, el fallo T-130 de 2014, expresó que “no se puede permitir que se acuda al amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas y que por tanto no se hayan concretado en el mundo jurídico”.

Esta Corporación en la decisión T-174 de 2015, concluyó que si no media una solicitud previa de la prestación de los servicios a la entidad accionada, la petición de amparo es improcedente. En la misma línea, la sentencia T-115 de 2018, expuso que la carga probatoria sobre la vulneración del derecho, reposa en cabeza del accionante, pues si no es posible determinar que la conducta objeto del reproche efectivamente se realizó y que con ella se vulneraron derechos fundamentales, la consecuencia es declarar improcedente la acción de tutela.

Por lo anterior, cuando el juez constitucional encuentre que el accionado no realizó alguna conducta que amenace o vulnere un derecho fundamental y que la persona a quien supuestamente se le violó el derecho no hizo nada para reclamarlo, debe declarar la improcedencia del amparo constitucional.

De las pruebas aportadas al plenario, en el presente caso se observa que desde el 9 de agosto de 2018 el médico tratante le formuló el medicamento objeto de la acción de tutela sin que el actor acudiera ante Medimás E.P.S. a reclamar su entrega.

Debido a que el actor no dio respuesta al auto de pruebas que le solicitó informar de forma clara, detallada y con los soportes respectivos si había reclamado a Medimás E.P.S. la entrega del medicamento, el 30 de enero del año en curso, el despacho se comunicó vía telefónica con el señor José Silvestre Castillo, quién manifestó que ya había presentado la documentación para obtenerlo y estaba en espera de la respuesta.

La Corte concluye que cuando el accionante acudió a la acción de tutela no había cumplido con el deber de pedir el medicamento ante la E.P.S. y, por tanto, no existe una negativa por parte de Medimás sobre la entrega del irbesartan 150 mg + amlodipinso 5 mg, circunstancia que lleva a concluir que hizo un uso indebido de la acción de tutela, pues no es admisible activar este dispositivo judicial como vía alterna o sustituta de los trámites y procedimientos administrativos establecidos para obtener determinada prestación, como en este caso, la autorización y entrega de los medicamentos formulados.

Al intentar obviar el trámite administrativo ante la E.P.S. y pretender que fuera el juez constitucional quien directamente dispusiera la entrega del medicamento ordenado, el actor incumplió sus deberes como usuario del sistema y desconoció la naturaleza subsidiaria del amparo, en virtud de lo cual debía reclamar el medicamento y solo ante la negativa de la entidad, acudir a este mecanismo judicial, que solo procede ante la inexistencia de otro medio de defensa idóneo del derecho.

Revisado el expediente, la Sala encuentra que hasta la fecha Medimás E.P.S., no ha incurrido en una acción u omisión que derive en la vulneración del derecho fundamental a la salud del actor, por lo que no hay lugar a conceder el amparo invocado ni mucho menos a impartir una orden encaminada a protegerlo, ya que la entidad no negó el medicamento irbesartan 150 mg + amlodipinso 5 mg, no incluido en el plan de beneficios con cargo a la UPC, porque el interesado no lo solicitó.

En ese orden de ideas, la Sala reitera la jurisprudencia según la cual, por regla general, es necesario acudir inicialmente ante la entidad prestadora del servicio de salud a requerir el servicio ordenado y, solo si esta no lo hace efectivo, es procedente acudir ante el juez constitucional, para exigir el amparo del derecho fundamental.

En otras palabras, a la fecha Medimás E.P.S. no ha negado el medicamento, por lo que mal podría derivarse la vulneración del derecho a la salud, motivo por el cual la acción presentada por el señor José Silvestre Castillo resulta improcedente.

En esas condiciones, esta Corporación confirmará la sentencia del 27 de agosto de 2018, proferida por el Juez Primero Promiscuo Municipal de Acacías, Meta, que negó por improcedente la solicitud de amparo promovida por José Silvestre Castillo contra Medimás E.P.S.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2018, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacías, Meta, que negó por improcedente la acción instaurada por José Silvestre Castillo contra Medimás E.P.S.

Segundo: LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

- [1] Los hechos fueron complementados con la información que reposa en el expediente.
- [2] Conjunto de servicios otorgados a las personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social (SGSSS).
- [3] Unidad de pago por capitación.
- [4] Folios 9 y 10 del cuaderno principal.
- [5] Folio 12 del cuaderno principal.
- [6] Tiene por objeto actualizar integralmente el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, como mecanismo de protección colectiva, y establecer las coberturas de los servicios y tecnologías en salud que deberán ser garantizados por las E.P.S. en el territorio nacional.
- [7] Folio 41 del cuaderno principal.
- [8] Folio 41 del cuaderno principal.
- [9] Folio 17 del cuaderno principal.

[10] Folio 54 a 56 del cuaderno principal.

[11] Folios 19 a 25 del cuaderno constitucional.

[12] Atendiendo los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que gobiernan la gestión del juez constitucional; esta Corporación, en el ejercicio de su función de revisión de fallos de tutela, ha considerado que, en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, resulta menester requerir información por vía telefónica sobre algunos aspectos fácticos específicos del caso que requieran mayor claridad al interior del trámite de la acción. Ver entre otras providencias, las sentencias T-603 de 2001, T-476 de 2002, T-341 de 2003, T-643 de 2005, T-219 de 2007 y T-726 de 2007.

[13] Artículo 25, parágrafo 1.º reconoce que todas las personas y su núcleo familiar, tienen derecho a un nivel de vida que les garantice salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales necesarios.

[14] Ratificado por Colombia mediante la Ley 22 del 22 de enero de 1981. Artículo 5º, prevé que los Estados parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos: "(...) a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales".

[15] Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968. Artículo 12, parágrafo 1º. establece que todos los Estados que hacen parte reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

[16] Manifestó que "La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley". En este sentido determinó que existen cuatro elementos que garantizan la efectividad del derecho a la salud: i) la disponibilidad de establecimientos, centros de atención, bienes, servicios y programas suficientes; ii) la accesibilidad efectiva a los servicios de salud sin discriminación alguna; iii) la aceptabilidad de los bienes y servicios prestados de manera respetuosa y bajo el principio de confidencialidad; y iv) la calidad desde el punto de vista científico y médico.

[17] Protegido por tres vías: i) estableció la relación de conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal y la dignidad humana; ii) reconociendo su naturaleza fundamental cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional; y iii) afirmando que su fundamentalidad coincide con los servicios contemplados en la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y los planes obligatorios de salud, estableciendo parámetros y órdenes a las entidades prestadoras del servicio de salud, para hacer efectiva

la protección de este derecho.

[18] Ver entre otras las sentencias T-406 de 1992, T-816 de 2008, T-180 de 2013 y T-121 de 2015.

[19] Ley Estatutaria “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[20] Ley Estatutaria en Salud. “Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección. Artículo 2 • Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado” y recoge los elementos esenciales de la Observación General No. 14 del CDESC.

[21] En lo que tiene que ver con la prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación.

[22] Resolución No. 0005858 de 2018. Ministerio de la Protección Social.

[23] Acto administrativo vigente para la época de los hechos, derogado por la Resolución No. 000244 de 2019.

[24] Plan de beneficios en salud.

[25] Resolución vigente para la época de los hechos. Derogada por la Resolución 5857 de 2018.

[26] Este grupo fue denominado mecanismo de protección individual.

[27] Plataforma tecnológica “Mi Prescripción”.

[28] La Resolución 2438 de 2018, en el artículo 46 transitorio determinó que a partir del 1º. de enero de 2019 las entidades territoriales deberían encontrarse activadas en el aplicativo de prescripción, esta resolución fue modificada por la Resolución 5871 de 2019 en relación con el plazo para la activación de las entidades territoriales en el aplicativo de prescripción Mipres del régimen subsidiado, determinando que a más tardar el 1º. de abril de 2019, las entidades territoriales deberán encontrarse activadas en el aplicativo de prescripción. En la actualidad solo Nariño, Cauca, Atlántico, Casanare y Bogotá D.C., utilizan el Mipres en el régimen subsidiado.

[29] Auto 549 de 2018. Seguimiento orden vigésima octava de la sentencia T-760 de 2008.

[30] Ley 1751 de 2015. Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud.

[31] Sentencia T-760 de 2008. Considerando 6.3.2, párrafo segundo, inciso final: “Esta carta deberá estar acompañada de las indicaciones acerca de cuáles son las instituciones que prestan ayuda para exigir el cumplimiento de los derechos y cuales los recursos mediante los cuales se puede solicitar y acceder a dicha ayuda, sin tener que acudir a la acción de tutela”.

[32] Auto 549 de 2018. Seguimiento orden vigésima octava de la sentencia T-760 de 2008.

[34] Consultado el 30 de enero de 2019, en el siguiente link: <https://medicamentos.com.co/afiliados/autorizaciones>.

[35] Ver sentencia T-573/97.

[36] Sentencia C-543 de 1992.

[37] Sentencia T-130 de 2014.

[38] Sentencia T-471 de 2017.

[39] Sentencia T-702 de 2000.