



REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI SENTENCIA DE TUTELA No.134

Santiago de Cali, veintisiete (27) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: JHON ALEXANDER LERMA BECERRA

**Accionado: COSMITET LTDA, DUANA & CIA LTDA y SERVICIO FARMACEUTICO
DUANA MAGISTERIO CALI**

Radicación: 008-2023-000134

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a resolver sobre la solicitud de amparo constitucional elevada por **JHON ALEXANDER LERMA BECERRA** contra **COSMITET LTDA, DUANA & CIA LTDA** y **SERVICIO FARMACEUTICO DUANA MAGISTERIO CALI**, por la presunta vulneración del derecho fundamental de la vida en condiciones dignas en relación con la salud y la seguridad social.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Manifiesta la parte actora en su escrito de tutela lo siguiente:

“PRIMERO: Soy un adulto de 35 años de edad afiliado como beneficiario a la EPS COSMITET LTDA, desde la corta edad de 2 meses de vida contraí el terrible y doloroso virus del herpes que, con el pasar de los años y las múltiples recurrencias, terminó degenerando en neuralgia del trigémino, ocasionándome terribles e incontrolables dolores en mi cabeza, dificultad para alimentarme debido a las múltiples úlceras dolorosas en mis labios, alrededor de estos, mi cavidad oral, faringe, dificultad para respirar normalmente por la nariz debido a las múltiples úlceras y costras dentro de mis fosas nasales obligándome a respirar por la boca lo que agrava aún más el dolor por desecación de la mucosa oral y agrietamiento de esta, esto ha afectado mi vida. Página 1 de 70 en diferentes ámbitos inclusive me ha llevado a aislarme de los demás, incluso de mi cónyuge en momentos de recurrencias. Por lo anterior, consumo crónicamente combinación de medicamentos analgésicos como el acetaminofen, diclofenaco, opiáceos como el tramadol, codeína o hidrocodona, junto con anestésicos locales como la lidocaína.

SEGUNDO: En el año 2019 inicié tratamiento para el virus del herpes por medio de la EPS COSMITET LTDA, siendo tratado con Aciclovir sin respuesta a pesar de escalar a dosis y frecuencias máximas de este medicamento.

TERCERO: En el año 2020, debido a la falla terapéutica, el infectólogo ordena terapia supresiva con Valaciclovir, el último medicamento disponible de acuerdo a los descubrimientos científicos hasta el momento, lo que significa tomar diariamente tal medicamento ininterrumpido por mínimo un periodo de 1 año. El infectólogo formula la

cantidad de medicamento suficiente para 3 meses y consulta de control dentro del mismo periodo de tiempo. Sin embargo, al no haber oportunidad de citas, no pude ser reformulado, por lo cual, a partir del 3 mes que se acabó el medicamento, quedé sin tratamiento por 9 meses teniendo múltiples recurrencias y exponiéndome a que el virus desarrolle resistencia al único tratamiento disponible hasta el momento, lo que puede convertirse en un problema de salud pública ya que es una enfermedad infecto contagiosa.

CUARTO: entre el año 2021 y 2023 el infectólogo, debido a que no se evidenciaba mejoría significativa, decidió aumentar la dosis a la máxima permitida, además por consecuencia de la falta de oportunidad de cita con el infectólogo, de nuevo me quedo sin medicamento en dos ocasiones así: 1 mes entre febrero y marzo de 2022, 5 meses entre septiembre de 2022 y febrero de 2023, exponiéndome nuevamente a lo expresado en el punto anterior.

QUINTO: La farmacia DUANA & CIA LTDA, SERVICIO FARMACÉUTICO DUANA MAGISTERIO CALI, Durante todas las veces que me dispensó el medicamento siempre me entregó Valalciclovir marca HETVAL de laboratorio Hetero

SEXTO: En una de las recaídas de mi enfermedad dado que ya se me había agotado el medicamento por causa de la poca oportunidad en las citas con infectología, y desesperado por el dolor, decido pedir donaciones y compro este costoso medicamento de marca diferente a Valalciclovir marca HETVAL de laboratorio Hetero y observo mejoría en los síntomas. Página 2 de 70

SÉPTIMO: En la última consulta con infectología en febrero de 2023, debido a que en los últimos controles presenté una pobre respuesta a la medicación Valalciclovir de la marca HETVAL de laboratorio Hetero, a pesar de usar la dosis máxima permitida de este y considerando lo expresado en los puntos QUINTO Y SEXTO, el infectólogo decide intentar formularme Valalciclovir de un laboratorio diferente al que desde el inicio del tratamiento se me ha dispensado.

OCTAVO: En la farmacia DUANA & CIA LTDA, SERVICIO FARMACEUTICO DUANA MAGISTERIO CALI de la EPS COSMITET LTDA, cuando fuí a reclamar el medicamento a pesar de tener el formato no pos diligenciado, la observación explícita en la formula de entregar Valalciclovir de marca y laboratorio diferentes al que se me estaba dispensando, el funcionario de ésta solicitó para la entrega del medicamento otro formato adicional llamado FOREAM, el cual muy amablemente el infectólogo diligenció posterior a su jornada laboral una semana después, ya que el solo viene 1 día a la semana y ese día que fuí a reclamar el medicamento y me negaron la dispensación, a esa hora el infectólogo ya se había ido.

NOVENO: regreso a la farmacia DUANA & CIA LTDA, SERVICIO FARMACEUTICO DUANA MAGISTERIO CALI para reclamar el medicamento, pero me dice el funcionario que debo esperar a que se genere la orden de compra del medicamento y me entrega un formato de medicamento pendiente.

DÉCIMO: en múltiples ocasiones voy a la farmacia a ver si ya está listo el medicamento pero me dicen que esta agotado de fábrica que no lo están produciendo, sin embargo reviso los comunicados del INVIMA de medicamentos agotados y este no se encuentra entre ellos, lo que es una impresión que considero grave. Lo anterior se puede constatar en los siguientes vinculos: Desabastecimientos INVIMA Consolidado listado de desabastecimiento febrero 28 de 2023 Consolidado listado de desabastecimientos abril 17 de 2023 listado de abastecimiento y desabastecimiento de medicamentos en seguimiento junio 7 de 2023

UNDÉCIMO: El día sábado 29 de abril del 2023 llega un funcionario de la farmacia a mi casa con un medicamento Valalciclovir de la marca HETVAL Página 3 de 70 laboratorio Hetero que no es el ordenado por el Infectólogo dado que él especificó en múltiples formatos e historia clínica que no podía ser la misma marca y laboratorio que me venían entregando,

por lo cual no se los recibo y al día de hoy sigue agotado de acuerdo a los funcionarios de la farmacia.”

B. DERECHO VULNERADO Y PRETENSIONES

La parte actora reclama el amparo constitucional de los derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas en relación con la salud, pretendiendo que se ordene a **COSMITET LTDA, DUANA & CIA LTDA, SERVICIO FARMACEUTICO DUANA MAGISTERIO CALI**, brinden de manera oportuna y exacta el tratamiento farmacológico que el médico especialista formule, así como las citas de control.

C. INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACCIONADA

C.1. COSMITET LTDA

Mediante escrito de contestación de tutela presentado por la apoderada de la entidad, informaron lo siguiente:

“PRIMERO: Se debe tener en cuenta que COSMITET LTDA NO es una E.P.S. Es una entidad privada, bajo la figura de sociedad limitada, que presta servicios de salud a los usuarios afiliados al régimen de excepción del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud - IPS, figura totalmente DIFERENTE a una EPS por estar taxativamente excluida de la Ley 100 de 1993, tal como aparece descrito en el Art. 279 de la misma. Esta entidad tiene contratado con la Fiduprevisora S.A, en su calidad de vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contrato No. 12076-006-2017 cuyo fin es la prestación de la atención en salud para los pacientes de magisterio del Valle del Cauca y Cauca. Contrató que comenzó a regir el 23 de noviembre del 2017.

EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tiene entre otros, el objetivo de garantizar la prestación de los servicios médicos - asistenciales, que contará con entidades de acuerdo a instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo, sujetándose a las disposiciones de la Ley 91 de 1.989, la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes y pertinentes.

De lo anteriormente expuesto se infiere que COSMITET LTDA no capta dineros de los afiliados, no crea planes de beneficios ni de coberturas, tampoco establece quienes tienen derecho al servicio en calidad de cotizantes o de beneficiarios, pues todas estas funciones radican en FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en su carácter de administradora de los recursos de los usuarios afiliados al programa de Magisterio, además en virtud del contrato de prestación de servicios médicos asistenciales suscrito entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO CON COSMITET LTDA., se establecieron a través de los Términos de Referencia, que TRATAMIENTOS se encuentran incluidos dentro del PLAN DE BENEFICIOS Y COBERTURAS, como también se aprobó la red de servicios ofertada por Cosmitet Ltda...

...TERCERO: Se le informa al juzgado que de acuerdo con lo manifestado por la Coordinación Médica encargada del Sr. Jhon Alexander Lerna se programó para el día 15 de junio del 2023 cita con infectología con el fin de que se estableciera PLAN DE MANEJO FARMACOLÓGICO.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el tratamiento establecido en el mes de marzo con el medicamento VALACICLOVIR DE 500 MG donde el especialista solicita el de marca DIFER, no pudo ser entregado por encontrarse desabastecido.

El paciente asistió a cita con infectología y cambia tratamiento, para lo cual la farmacia manifiesta que el mismo será entregado, una vez se tenga en el stock...”

C.2. DUANA & CIA LTDA

Mediante escrito de contestación de tutela presentado por la apoderada de la entidad, informaron lo siguiente:

“PRIMERO: Se debe tener en cuenta que DUANA & CIA LTDA,. Es una entidad privada, bajo la figura de sociedad limitada, que presta farmacéuticos a la sociedad COSMITET LTDA. Esto quiere decir que mi representada no capta dineros de los afiliados, no crea planes de beneficios ni de coberturas, tampoco establece quienes tienen derecho al servicio en calidad de cotizantes o de beneficiarios; sus servicios están encaminados a la dispensación de medicamentos, previa orden y autorización de COSMITET LTDA...

...TERCERO: Se le informa al juzgado que la orden medica presentada por el usuario en el mes de marzo del medicamento denominado VALACICLOVIR DE 500 MG donde el especialista solicita el de marca DIFER, no pudo ser entregado por encontrarse desbastecido.

El paciente presenta nueva formula medica, por nueva valoración del especialista donde, ORDENANDO ALACICLOVIR DE 500 MG por 90 días una tableta diaria, para lo cual se realizara comunicación con el usuario y se le manifiesta que puede acercarse por el medicamento, una vez se tenga en el stock...”

C.3. SERVICIO FARMACEUTICO DUANA MAGISTERIO CALI

Habiéndose rebasado el término perentorio concedido, por ningún medio la entidad accionada, se manifestó, es decir, el funcionario competente no emitió respuesta alguna respecto de los hechos y pretensiones de la accionante, no obstante, el requerimiento expreso del Juzgado contenido en la providencia y comunicada en fecha 14 de junio de 2023, enviado a los correos electrónicos, notificaciones_judiciales@cosmitet.net, notificaciones_judiciales@duanaltda.com.

D. INTERVENCIÓN DE LA PARTES VINCULADAS

D.1. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Dando respuesta a la vinculación efectuada, por intermedio de director técnico de la Oficina Jurídica de la entidad manifiestan que:

“En relación con los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que a este Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas. De otra parte, debe considerarse que las otras Entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones, tal y como se sustentará más adelante.”

D.2. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRESS

Manifiesta a través de apoderado judicial que:

“De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.”

D.3. SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL

Mediante escrito de contestación de tutela y por intermedio de la jefe de oficina resaltan, la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no han vulnerado derechos fundamentales del menor y la presente acción no es presentada contra dicha entidad.

D.4. SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL

Mediante escrito de contestación de tutela y por intermedio de la jefe de la oficina asesora jurídica de la entidad, señalaron lo siguiente:

“...Indica el accionante encontrarse ACTIVO en la ENTIDAD COSMITET LTDA, prestadora de servicios de salud para el personal adscrito al MAGISTERIO COMO REGIMEN ESPECIAL O EXCEPTUADO DEL SISTEMA GENERAL EN SALUD, que de conformidad con lo dispuesto en La Ley 100 de 1993, en su artículo 279, consagró distintos regímenes especiales de seguridad social, los cuales están excluidos del Sistema General en Salud, como son los relativos a los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Ecopetrol y de las empresas en concordato preventivo y obligatorio mientras dure el proceso concursal, en concordancia con el Artículo 2.1.13.5 del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social 780 DE 2016

Siendo concordantes con el Principio de integralidad y continuidad, en el caso en particular, es de responsabilidad exclusiva de COSMITET LDA brindar los servicios de salud que requiere la afectada, como son los medicamentos, procedimientos, actividades e intervenciones por su enfermedad en forma Integral y oportuna, a través de las IPS públicas o privadas con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, de conformidad con la orden médica, incluidos o no dentro del Plan de Beneficios en Salud, que tratándose de una afiliación dentro del REGIMEN ESPECIAL O DE EXCEPCION la administración de los recursos provenientes del recaudo de las cotizaciones o aportes dentro del Régimen, el reembolso de los costos de los servicios de salud NO PBS a favor de las EAPB dentro de este régimen, está a cargo de la ADRES, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, que se refiere a las COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN y que adicione el numeral 42.24 al artículo 42 de la Ley 715 de 2001.

Adicional a lo anterior EXISTE UNA FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA frente a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, teniendo en cuenta que el domicilio de la afectada es la ciudad de cali, de manera que la competencia frente a la prestación de los servicios de salud a la población domiciliada bajo dicha jurisdicción ESTA A CARGO DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE

CALI, toda vez que mediante la LEY 1933 DE 2018, se categorizó al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI COMO DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS, lo cual le permite a la capital vallecaucana tener facultades, instrumentos y recursos para efecto de ser autónomos y de esta manera poder potencializar el desarrollo integral del territorio. En consecuencia, tras este proceso de acreditación otorgado por El Ministerio de Salud, dota a la SECRETARÍA DE SALUD DISTRITAL DE SANTIAGO DE CALI, de la capacidad para que con autonomía y responsabilidad tenga el manejo la administración de los recursos del Régimen Subsidiado, y el fortalecimiento de las instituciones de salud pública, asumiendo desde el día 29 de marzo de 2022, el mencionado DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, la competencia para garantizar la prestación de los servicios de salud en su jurisdicción, de manera que la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA carece de competencia para garantizar la prestación de los servicios de salud para la población domiciliada bajo la jurisdicción del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, COMO ES EL CASO DE LA AFECTADA.

En atención a los planteamientos esbozados, solicito al señor Juez, que en su decisión DESVINCULE a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA, POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, siendo el ente territorial competente el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, para garantizar la prestación integral de los servicios de salud que requiera la población bajo su jurisdicción, como es el caso de la actora a través de la ENTIDAD COSMITET LTDA y de la SUPERSALUD, las funciones de Inspección, Vigilancia y Control a las EAPB dentro del Régimen Contributivo como en el Subsidiado.”

D.5. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Mediante escrito de contestación de tutela y por intermedio de la Subdirectora Técnica de la entidad, señalaron lo siguiente:

“Solicitamos desvincular a esta entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esta Entidad.

En efecto, las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla con cabalmente con las obligaciones frente a “...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.” (Cfr. Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

En este contexto, las EPS están llamadas a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere con ocasión de la no prestación, o prestación indebida de los servicios de salud incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esto comporta la directa asunción de responsabilidades en materia de servicios de salud a cargo de las EPS quienes actúan como verdaderos y directos responsables contractuales, y no el prestador de servicios de salud (IPS), quien podrá responder solidariamente con el asegurador (EPS), solo cuando este último habiéndose entregado por el asegurador, los elementos claves de atención, esto es los requisitos que se deben tener en cuenta para la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud, hagan caso omiso a estos generando lesión, enfermedad, o incapacidad en el

usuario, por su omisión, arbitrariedad y desconocimiento de lo ordenado, pactado y contratado por el asegurador en salud.

La Superintendencia Nacional de Salud, es un organismo de carácter técnico, que como máximo órgano de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley, y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, mediante una labor de auditoría preventiva y reactiva, esta última a través de las quejas de los usuarios del Sistema.

... En consecuencia, la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, razón por la cual se configura falta de legitimación pasiva respecto de esta Entidad..."

D.6. INVIMA

Por intermedio de la Apoderada judicial de la entidad, informo al Despacho lo siguiente:

"... Con relación al medicamento del objeto constitucional, elevamos consulta al Grupo Registros Sanitarios de la Dirección de Medicamentos y Productos Biológicos del Invima, acerca del Registro Sanitario del medicamento con principio activo TOBRAMICINA, e informaron lo siguiente:

EXPEDIENTE	PRINCIPIO ACTIVO	CANTIDAD	REGISTRO SANITARIO	ESTADO REGISTRO
9444	CLORHIDRATO DE VALACICLOVIR 556 MG EQUIVALENTE A VALACICLOVIR	500 mg	INVIMA 2017M-004570-R2	En trámite renovación
19974176	VALACICLOVIR CLORHIDRATO 556,3 MG (EQUIVALENTE A VALACICLOVIR)	500 mg	INVIMA 2021M-0007355-R1	Vigente
20015705	VALACICLOVIR CLORHIDRATO EQUIVALENTE A 500 MG DE VALACICLOVIR	500 mg	INVIMA 2021M-0010801-R1	En trámite renovación
20015815	VALACICLOVIR CLORHIDRATO 556,174 MG EQUIVALENTE A VALACICLOVIR 500 MG	500 mg	INVIMA 2021M-0011403-R2	En trámite renovación
20085391	VALACICLOVIR CLORHIDRATO HIDRATO EQUIVALENTE VALACICLOVIR BASE	500 mg	INVIMA 2020M-0016324-R1	En trámite renovación
20092192	VALACICLOVIR CLORHIDRATO 556 MG EQUIVALENTE A VALACICLOVIR	500 mg	INVIMA 2016M-0016738	En trámite renovación
20163604	VALACICLOVIR CLORHIDRATO MONOHIDRATADO 584 MG EQUIVALENTE A VALACICLOVIR BASE	500 mg	INVIMA 2019M-0019440	Vigente
20169626	VALACICLOVIR CLORHIDRATO 556,21 MG EQUIVALENTE A VALACICLOVIR BASE	500 mg	INVIMA 2021M-0020343	Vigente

... Es necesario precisar que los medicamentos cuyo registro sanitario se encuentra en trámite de renovación pueden seguir siendo fabricados, importados y comercializados; es decir la vigencia del registro se prorroga hasta que este Instituto tome una decisión de fondo sobre el trámite de renovación. Esto en virtud de las facultades que otorga el artículo 35 del Decreto Ley 019 de 2012" ...

... Para efectos de la presente controversia, es necesario resaltar que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA-, de acuerdo con sus facultades otorgadas por ley, no le compete la formulación y administración de MEDICAMENTOS a pacientes, tampoco el autorizar el pago de copagos a LA EPS ni mucho menos ordenar tratamiento médico alguno de los pacientes.

En ese orden, son las Entidades Promotoras de Salud –EPS y Administradoras de Régimen Subsidiado –ARS, hoy EPS-S, debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud, las obligadas a garantizar la prestación de los servicios de salud a que tiene derecho todo afiliado, quienes a su vez deberán garantizar los tratamientos médicos o terapéuticos conforme a los principios de equidad, integralidad, igualdad, calidad y solidaridad, pero tendrán derecho a repetir el valor de los gastos al ADRES o a la Entidad Territorial cuando éstos se encuentren fuera del POS...

... En ese sentido, a continuación, transcribimos concepto sobre el estado del medicamento en Colombia emitido por el Grupo de Apoyo a las Salas Especializadas de la Comisión Revisora:

“VALACICLOVIR 500MG TABLETA

1. No ha sido clasificado como medicamento vital no disponible.
2. No se encuentra en el listado de Usos No Incluidos en el Registro Sanitario (UNIRS).
3. No se encuentra identificado en estado de desabastecimiento en el Consolidado de Abastecimiento de Medicamentos...”

III. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

En el presente caso, es competente el Juzgado para dictar sentencia de primer grado de conformidad con el Art. 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 27 a 30 del Decreto 2591 de 1991.

B. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver esta instancia se contrae en determinar si **COSMITET LTDA, DUANA & CIA LTDA, SERVICIO FARMACEUTICO DUANA MAGISTERIO CALI**, se encuentran vulnerando los derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas del señor **JHON ALEXANDER LERMA BECERRA** toda vez que no acatan las prescripciones médicas del especialista que ordena el medicamento denominado “VALACICLOVIR 500MG TABLETA”.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, esta oficina Judicial tocara los siguientes puntos: (a) el derecho a la salud y su goce efectivo; (b) el principio de continuidad en el servicio de salud; (c) el deber de las EPS de garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud; (d) la prescripción médica como criterio principal para establecer si se requiere un servicio de salud; (e) el derecho a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, y finalmente, (f) abordará el estudio del caso concreto.

C. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

a. El derecho fundamental a la salud y su goce efectivo. La Carta Política de 1991 albergó en su articulado, entre otros mecanismos que desarrollan el Estado Social de Derecho, la acción de tutela, como la herramienta adecuada para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que la acción o la omisión de una autoridad pública los amenace o los vulnere y excepcionalmente frente a los particulares.

En cumplimiento de sus fines, la acción de tutela ha sido reglamentada para que tenga prevalencia sobre otros asuntos, creando un trámite preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales de los coasociados.

El artículo 49 de la Constitución Política establece que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado. En tal sentido, es este quien tiene la responsabilidad de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de dicha garantía bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Dicho lo anterior, es preciso mencionar que hace un poco más de dos décadas la salud fue catalogada como un derecho prestacional y que su protección, a través de acción de tutela, estaba condicionada a la conexidad con otra garantía de naturaleza fundamental. Posteriormente, dicha perspectiva cambió y la Corte Constitucional afirmó que la salud es un derecho fundamental, autónomo e irrenunciable, que protege múltiples ámbitos de la vida humana. Esta misma postura fue acogida en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015,

mediante la cual se reguló el derecho fundamental a la salud y cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la sentencia C-313 de 2014.

En virtud de lo establecido en la Ley 1751 de 2015 y la jurisprudencia constitucional sobre la materia, el derecho a la salud es definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”* (sentencia T-597 de 1993 y otras).

Con todo, el derecho a la salud adquiere una doble connotación, como garantía fundamental y como servicio público a cargo del Estado. Esto conlleva la observancia de determinados principios consagrados en la Ley 1751 de 2015 que orientan la prestación de los servicios de salud de manera **OPORTUNA, EFICAZ Y DE CALIDAD** y que se materializan a través del establecimiento del denominado Sistema de Salud.

b. El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Para el caso particular, es necesario destacar el principio de continuidad entre todos los principios que orientan la garantía del derecho fundamental a la salud, contenidos en la Ley 1751 de 2015, dicho principio indica que todas las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, es decir, una vez iniciada la prestación de un servicio determinado, no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.

Señala el numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, el principio mencionado implica que *“(...) toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separada del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”*. Por lo tanto, y según ha sido expuesto por la Corte, el mencionado mandato hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud.

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional estableció en su momento los criterios que deben observar las Entidades Promotoras de Salud para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que proporcionan a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados. Sentencia T-1198 de 2003 y otras:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”

Por lo anterior considero la Corte que, el Estado y los particulares que prestan el servicio público de salud están en la obligación de brindar el acceso a este, atendiendo el principio de continuidad y las EPS no pueden limitar la prestación de los servicios de salud que impliquen la suspensión o interrupción de los tratamientos *“por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes”* (Sentencia T-124 de 2016).

En conclusión, el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud reviste una especial importancia debido a que favorece el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos de forma completa. Lo anterior, en procura de que tales servicios no sean interrumpidos por razones administrativas, jurídicas o financieras. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional desapruueban las limitaciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas de las EPS que afectan la conservación o restablecimiento de la salud de los usuarios. (Sentencia T-121 de 2015).

c. El deber de las EPS de garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud. Volviendo al principio de continuidad, ya señalado en esta providencia, es preciso indicar que tienen derecho los usuarios del sistema de salud a recibir la totalidad del tratamiento de acuerdo con las consideraciones del médico y que los servicios de que gozan no deben ser suspendidos, interrumpidos o limitados por parte de las Entidades Promotoras de Salud. Lo anterior, considerando que la interrupción de un tratamiento o la limitación del goce de su totalidad no debe ser originada por trámites de índole administrativo, jurídico o financiero de las EPS. De ahí que el deber impuesto a dichas entidades procura brindar un acceso efectivo a los servicios de salud (Sentencia T-423 de 2019 entre otras).

En este sentido, la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-259 de 2019: *“las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”*.

Igualmente, la Corte señaló en Sentencia SU124 DE 2018, entre otras, los criterios que deben ser tenidos en cuenta por las EPS para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que ofrecen a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados, bajo el entendido de que:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

Por lo anterior, la interrupción arbitraria del servicio de salud es contraria, no sólo al derecho fundamental a la salud, sino también al derecho a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, en el presente caso el accionante, requiere los servicios de salud prescritos, teniendo derecho a obtener la totalidad del componente médico previsto para el manejo de los padecimientos que le sobrevienen y en los tiempos establecidos por sus médicos. De manera que todos los pacientes puedan acceder efectivamente a los requerimientos necesarios para atender su condición de salud y tengan la oportunidad de vivir en el mayor nivel de bienestar posible.

En síntesis, el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud deben facilitar su acceso en observancia de los principios que rigen la garantía del derecho a la salud. Lo anterior, implica que las EPS no deben omitir la prestación de los servicios de salud por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan el acceso, práctica y finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes (Sentencia T-124 de 2016 y SU124 de 2018).

d. La prescripción médica como criterio principal para establecer si se requiere un servicio de salud. Es amplio el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en el que ha señalado que los usuarios del sistema de salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana. Sobre este punto, la Corte ha resaltado que en el sistema de salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona *requiere* un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante. Por lo tanto, es el profesional de la salud el que está capacitado para decidir, con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente, si es necesaria o no la prestación de un servicio determinado. (Sentencia T-508 de 2019)

De lo anterior, la Corte indica que, la importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste

- (i) es un profesional científicamente calificado;
- (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y
- (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

En consecuencia, el médico tratante es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar, y es quien se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado, de acuerdo con la evolución en la salud del paciente. (Sentencia T-508 de 2019).

Al respecto, ha señalado el máximo tribunal constitucional en Colombia que, el criterio del médico tratante, como profesional idóneo, es esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios. Así pues, en la sentencia T-345 de 2013, ampliamente reiterada con posterioridad, la Corte señaló que:

“Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico (...).

Por lo tanto, la condición esencial para que el Juez Constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.”

En conclusión, el criterio del médico tratante, como idóneo y oportuno, es el principal elemento para la orden o suspensión de servicios de salud. De manera no son las EPS e IPS, así como tampoco el juez constitucional, quienes están autorizados para desatender la prescripción médica sin justificación suficiente, sólida y verificable, que pueda contradecir la apreciación del profesional de salud, conocedor de las condiciones particulares del paciente.

e. Los derechos a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas. Es preciso hacer un breve pronunciamiento frente a estos derechos, como garantías que están estrechamente ligados al derecho fundamental a la salud.

El artículo 48 de la Constitución Política dispone que la seguridad social es *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”*. Por lo tanto, la adecuada garantía del derecho a la salud o su afectación redundará en el amparo o desconocimiento del derecho a la seguridad social.

Por otro lado, respecto de la vida en condiciones dignas, en la sentencia T-041 de 2019 la Corte reiteró que la dignidad humana es un valor fundante y constitutivo de nuestro ordenamiento jurídico, un principio constitucional y un derecho fundamental autónomo. Es así, como se ha considerado que la salud, la integridad física, psíquica y espiritual, así como el acceso a las condiciones materiales mínimas de existencia, entre otros, constituyen los presupuestos irreductibles para una vida digna. Asimismo, en la sentencia T-033 de 2013, la Corte explicó que el derecho a la salud guarda una estrecha relación con la

dignidad humana, debido a que las prestaciones propias de esta prerrogativa permiten que el individuo desarrolle *“plenamente las diferentes funciones y actividades naturales del ser humano, lo que consecuentemente elev[a] el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un estilo de vida”*.

Adicionalmente, en la sentencia T-499 de 1992, la Corte concluyó que *“el dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.”* Esto implica que la afectación o puesta en peligro del derecho a la salud, niegue la dignidad humana del sujeto y comprometa su derecho a vivir bien, a no recibir tratos crueles inhumanos o degradantes y a contar con las condiciones mínimas de existencia.

Con todo, es preciso concluir que la debida protección y garantía del derecho fundamental a la salud redundan en la protección de la dignidad de la persona y la vida en condiciones dignas, así como el recto funcionamiento y aplicación del servicio de seguridad social en salud.

f. Caso Concreto. En el presente caso, correspondió al Juzgado 8 Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, analizar y resolver el planteamiento sobre la presunta violación de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida en condiciones dignas de paciente a quien no le ha sido entregado por la EPS prescripción médica de especialista que ordena el medicamento denominado *“VALACICLOVIR DE 500 MG por 90 días tres tabletas diarias”*.

En primer lugar, hay que recordar que el derecho a la salud, como garantía fundamental, cuenta con un conjunto de principios que constituyen criterios de orientación para su efectiva garantía. De lo anterior, se comprende el papel altamente relevante que juegan las **Entidades Promotoras de Servicios de Salud** y las **Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud**, como aquellas que permiten tomar forma y hacer de la salud una verdadera garantía fundamental.

Lo anterior implica, tal como fue analizado en la parte motiva de esta providencia, que las EPS e IPS deben eliminar y evitar la imposición de actos o medidas que constituyan barrera, límite o impedimento para que un usuario pueda acceder a los servicios de salud que son requeridos en debida forma. De modo que, el servicio solicitado no se torne LEJANO o INALCANZABLE por situaciones administrativas para el caso en cuestión.

Adicionalmente el servicio de salud requerido encuentra fundamento en una prescripción médica y emitida por el galeno tratante para el manejo de sus diagnósticos de *“HERPES NO ESPECIFICADO”* quien examinó y evaluó las condiciones del paciente, siendo el médico mencionado y a la luz de la jurisprudencia constitucional, el profesional indicado para determinar las condiciones de salud del paciente y de prescribir lo necesario para su recuperación, control o seguimiento de sus padecimientos.

Si bien el paciente cuenta con ordenes medicas para el suministro del medicamento requerido desde hace más de 3 meses, este no ha sido entregado por la entidad cuestionada, indicando que no pudo ser entregado por encontrarse desabastecido, por lo que en su escrito de respuesta indica que el accionante tuvo nueva consulta con el médico tratante en el mes de junio y que efectuó cambio de medicamento sin embargo no aporta la historia clínica completa donde se pueda corroborar la veracidad de dicha manifestación, tan solo aporta pantallazo de una prescripción médica, aunado a ello indica que el medicamento prescrito en el mes de junio la farmacia manifiesta que el mismo será entregado, una vez se tenga en el stock.

Por tal razón este Despacho toma la siguiente,

V. DECISIÓN

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS DE SANTIAGO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.*

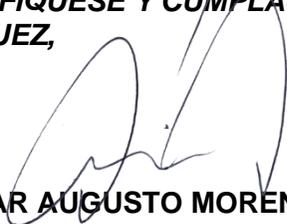
VI. RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de la salud, vida digna y seguridad social, del señor **JHON ALEXANDER LERMA BECERRA** y en contra de **COSMITET LTDA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal Judicial de **COSMITET LTDA**, o quien haga sus veces o tenga el deber de cumplir fallos e incidentes de tutela al interior, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, **REALIZAR LA ENTREGA EFECTIVA** del medicamento denominado "VALACICLOVIR DE 500 MG por 90 días tres tabletas diarias", según las prescripciones médicas de los galenos tratantes, sin someterlo a más esperas o dilaciones.

TERCERO: NOTIFICAR inmediatamente de este fallo a las partes, quienes podrán impugnarlo dentro de los tres (3) días siguientes, quien para ello deberá acreditar la fecha exacta en que fueron notificados. De no hacerlo, remitir el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
EL JUEZ,**


CESAR AUGUSTO MORENO CANAVAL