



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela N° 2022 – 585 – 01

Proveniente del Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal.

Sentencia Segunda Instancia

Fecha: Julio veintiocho de dos mil veintidós

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación del solicitante: (Art. 29 Núm. 1 D. 2591/91):

- Jaider Mateo Quitian Sierra, identificado con C.C. 1.000.687.565.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Núm. 2 D. 2591/91):

a) La actuación es dirigida por el tutelante en contra de:

- Famisanar E.P.S.

b) Vinculadas:

- Superintendencia Nacional de Salud.
- Ministerio de Salud.
- Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.
- Secretaría Distrital de Salud.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Núm. 3 D. 2591/91):

El accionante indica que se trata de los derechos fundamentales de petición, no obstante se observa que el derecho involucrado es el de la salud.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

4.- Síntesis de la demanda:

a) *Hechos:* El accionante indicó:

- Tiene 19 años y se encuentra afiliado a Famisanar EPS.
- El médico lo diagnosticó con verrugas virales en el rostro región frontal, las cuales pueden tener crecimiento. Le indicó que con el medicamento le ayudara a disminuir su presencia. Le puso de presente que tiene el sistema inmunológico bajo.
- Se podría ver afectado psicológicamente, por la cantidad de verrugas en su cara que crecen.
- Los medicamentos ordenados en la formula médica de mayo 25 de 2022, son:
 - ✓ Aox Therapy Capsulas suplemento dietario.
 - ✓ Effaclar Gel Purufiant – Micropeeling x 200 ml.
 - ✓ Effaclar Mat Hidratan Sebo – regulateur x 40 ml.
- Estos medicamentos no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios de Salud.
- No cuenta con capacidad de pago, en tanto se dedica exclusivamente a estudiar, y sus padres tampoco cuentan con recursos.

b) *Petición:*

- Se tutelen los derechos deprecados.

5- Informes:

a) Ministerio de Salud y Protección Social.

- No le consta lo relatado por el accionante.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- No tiene dentro de sus competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud.
 - Los medicamentos Effaclar Gel Purufiant – Micropeeling y Effaclar Mat Hidratan Sebo – Regulateur, no se encuentra incluido en el anexo uno de la Resolución 2292 de 2021.
 - El complemento alimenticio Aox Therapy, no se encuentra financiado por los recursos de la UPC.
 - A través de la herramienta tecnológica MIPRES, regulada mediante Resolución 1885 de 2018, se pueden realizar los recobros de servicios de salud no cubiertos con cargo a la UPC.
 - Se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza del Ministerio.
- b) Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Es función de la EPS, y no del ADRES la prestación de servicios de salud.
 - No tiene funciones de inspección, vigilancia y control de una EPS. Por tanto, se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva.
 - Acorde lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 en consonancia con la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de la Salud y Protección Social, el ADRES ya giró a la EPS, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios no incluidos en los recursos de la UPC. El parágrafo 6 del artículo 5.4 de la Resolución de 2020, establece que los costos por el cumplimiento de órdenes judiciales, se debe cargar al presupuesto máximo.
 - El juez de alzada debe abstenerse de pronunciarse sobre el reembolso de gastos.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

c) Secretaría Distrital de Salud.

- Acreditada la orden del médico tratante, se pueden despachar favorablemente las pretensiones, en tanto el operador jurídico no puede suplir el criterio del profesional de la salud.
- No presta servicios en salud, los cuales son de responsabilidad de EPS Famisanar.

d) EPS Famisanar S.A.S.

- Ha autorizado todos los servicios que ha requerido el paciente, conforme ordenes médicas expedidas por galenos tratantes.
- Aox Therapy Capsulas, Effaclar Gel Purifiant – Micropeeling x 200 ml y Effaclar Mat Hidratan Sebo – regulateur x 40 ml, se encuentran expresamente excluidos para ser financiados con recursos públicos y presupuesto máximo, y los dos últimos no están clasificados como medicamentos.
- Se configura una carencia de objeto, en la medida que la situación de hecho que aparentemente motivó la acción de tutela no ha existido.
- No es procedente la acción de tutela por cuanto la conducta asumida por Famisanar EPS, es legítima.
- Se presenta un imposible fáctico y jurídico para Famisanar EPS, en caso de que, el Despacho ampare y posteriormente emita una orden de cumplimiento.

e) Superintendencia Nacional de Salud.

- Se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la prestación de servicios de salud, dado que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la entidad.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

6.- Decisión impugnada.

Se resolvió la primera instancia de la siguiente manera:

a) Consideraciones: Amparó los derechos invocados teniendo en cuenta que:

- Advirtió la vulneración de derechos fundamentales a salud y vida, en la medida que el accionante afirma que no le han autorizado y entregado medicamentos, prescritos por el médico tratante.
- En lo referente al recobro de los servicios, se puso de presente a la EPS que deberá adelantar el procedimiento dispuesto en la Resolución 1885 de 2018.

b) Orden:

- Famisanar EPS, autorice y entregue, los medicamentos Aox Therapy capsulas suplemento dietario, 2 capsulas por día por 1 mes, 1 capsula por día en el segundo mes, y 1 capsula por día en el tercer mes, Effaclar gel purufiant – Micropeeling X 200 ML una vez al día y affaclar mat hidratanb sebo – rectangular x 40 ml una vez al día.

7.- Impugnación: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

EPS Famisanar S.A.S., presentó impugnación con fundamento en los mismos argumentos del informe presentado para contestar la acción de tutela:

- El fallo genera una ambigüedad e indeterminación por la imposición de una obligación al interior del SGSSS desproporcionada, para la entidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Salud.
- El a quo no tuvo en cuenta que en ninguna ocasión desatendió al afiliado, ni dejó de garantizar los derechos a la salud.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- El presupuesto máximo no está destinado para financiar y garantizar servicios que no se encuentren dentro del ámbito de la salud.
- Ha garantizado los servicios requeridos por el paciente y conforme las órdenes médicas expedidas por los galenos tratantes, concluyendo que se configura carencia de objeto.

8.- Problema jurídico:

¿La accionada y vinculadas vulneraron los derechos deprecados por la accionante?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Normas aplicables: Artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

b.- Fundamentos de derecho:

Conforme los hechos objeto de la acción de tutela se advierte que pueden ser afectados los derechos a la salud, seguridad social y vida digna. La atención en salud en los términos del artículo 49 de la Constitución política tiene doble connotación, al ser un derecho constitucional y un servicio público de carácter esencial. Por ello corresponde al estado no solo organizar, sino además reglamentar su prestación según los fines de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

La Corte Constitucional en sentencia T-507 de 2017 señaló que las controversias suscitadas en planes adicionales de Salud, pueden ser reclamadas vía acción de tutela, teniendo en cuenta cada caso particular la señalar:

“No obstante, la jurisprudencia constitucional ha determinado que las controversias suscitadas en relación con este Plan Adicional en Salud pueden ser reclamadas excepcionalmente por conducto de la acción de tutela cuando se cumplan las siguientes condiciones:

“(i) Se trata de personas jurídicas privadas que participan en la prestación del servicio público de salud; || (ii) los usuarios de las empresas que prestan los servicios adicionales de salud se encuentran en estado de indefensión frente a éstas, toda vez que dichas empresas tienen bajo su control el manejo de todos los instrumentos que inciden en el disfrute efectivo de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales ofrecidos ‘hasta el punto que, en la práctica, son ellas las que deciden de manera concreta



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

si cubren o no el respectivo gasto en cada momento de la ejecución del contrato¹ y, adicionalmente, tratándose de planes de medicina prepagada e incluso de pólizas de salud, los contratos son considerados de adhesión, lo que significa que las cláusulas son redactadas por las empresas y poco son discutidas con el usuario-contratante, situación que lo convierte en la parte débil de la relación comercial; y, || (iii) la vía ordinaria no es idónea ni eficaz para la resolución de un conflicto que involucra la violación o amenaza de derechos fundamentales como la vida y la dignidad de las personas, máxime cuando se acredita la existencia de un perjuicio irremediable, ya que la decisión resultaría tardía frente a la impostergable prestación del servicio de salud².

En sentido similar, en la Sentencia T-392 de 2014 se indicó que “tratándose de la afectación de derechos fundamentales, el juez de tutela, atendiendo a los hechos particulares de un caso, puede entrar a analizar el contenido, la interpretación o el cumplimiento de un contrato determinado, y puede adoptar medidas tendientes a la protección de los derechos fundamentales vulnerados, de manera permanente o de manera transitoria, dependiendo de la claridad de los hechos alegados y de si se requiere el desarrollo de un proceso judicial específico en la jurisdicción correspondiente³. Por ello, en numerosas decisiones esta Corporación ha precisado que el amparo es procedente excepcionalmente como consecuencia del desbordamiento de la autonomía, libertad o igualdad contractuales y en perjuicio del usuario de salud, o en el evento que se violen o amenacen sus derechos fundamentales⁴. Ello atendiendo que “las actuaciones destinadas a garantizar una prestación eficiente del servicio de medicina prepagada deben adecuarse a los parámetros constitucionales que consagran la garantía de la prestación del servicio público de salud y la protección de los derechos a la vida, la salud, integridad personal y dignidad humana de los individuos⁵.”

c.- Caso concreto:

Revisadas las pretensiones del actor y el devenir de la acción de tutela, advierte el Despacho que el objeto principal de la misma y que podría afectar derechos fundamentales, es la no entrega de lo ordenado por el médico tratante.

/

La Corte Constitucional en providencias como la SU354 de 2017, indicó:

- El precedente judicial es la sentencia o conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo.
- Se ha reconocido el precedente judicial de la ratio decidendi, tanto en materia constitucional como de tutela.

¹ Cfr. T-867 de 2007 y T-307 de 1997.

² Sentencias T-412A de 2014 y T-158 de 2010.

³ Sentencia T-089 de 2005.

⁴ Sentencias T-765 de 2008, T-196 de 2007 y T-660 de 2006.

⁵ Sentencia SU-039 de 1998.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

-
- Las decisiones de la Corte Constitucional tienen naturaleza erga omnes, no constituyen un criterio auxiliar, sino que la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.
 - Las autoridades administrativas y judiciales están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional.
 - Aun cuando la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio decidendi constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para autoridades públicas porque además de ser un fundamento normativo de la decisión judicial, define la correcta interpretación de una situación fáctica y de una norma.
 - El desconocimiento del precedente configura un defecto sustantivo como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

El órgano de cierre Constitucional en proveídos como el T-508 de 2019, ha precisado:

- La competencia para establecer si una persona requiere determinado procedimiento, intervención o medicamento recae, en principio en el médico tratante, quien tiene la formación académica necesaria para evaluar la procedencia científica de un tratamiento, a la luz de las condiciones particulares de cada paciente.
- Los médicos están en la obligación de prescribir tratamientos que efectivamente se adecúen a la condición del paciente, es decir procedimientos idóneos a la luz de las condiciones clínico-patológicas del enfermo.
- Cuando se niega un tratamiento médico por no ser el propio para su patología, quiere decir que no es idóneo.
- Los jueces carecen del conocimiento necesario para prescribir los tratamientos médicos requeridos por un paciente.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- La competencia para prescribir medicamentos o intervenciones recae en el médico tratante.
- El médico tratante es quien prescribe y diagnostica, la actuación del Juez Constitucional está encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, por tanto el juez no puede valor un procedimiento médico, ya que de buena fe por medio de la tutela podría de manera errónea ordenar tratamientos ineficientes respecto de la patología del paciente que incluso podría causar perjuicios a la salud.
- La idoneidad de un servicio de salud recae en los médicos y no le corresponde ni al paciente ni a los jueces de la República, valorar la adecuación científica de esos procedimientos a la luz de cada persona.

La citada Corporación en providencias como la T-118 de 2022, ha precisado las excepciones a efectos de inaplicar normas que regulan exclusiones en la prestación del servicio de salud:

“Por su parte, este Tribunal Constitucional ha señalado las reglas^[94] jurisprudenciales que deben seguir los jueces de tutela en casos excepcionales para inaplicar las normas que regulan las mencionadas exclusiones a la prestación del servicio de salud. Así, en las sentencias C-313 de 2014 y SU-508 de 2020 la Corte fijó unos criterios con base en los cuales es posible ordenar el suministro de cierto servicio, procedimiento o fármaco correspondiente.^[95] En particular, en dichos pronunciamientos, la Corte señaló que es posible inaplicar el sistema de exclusiones cuando se evidencie:

“a) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

b) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

c) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

d) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro. (i) se evidencie una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente^[96]; (ii) no se pueda suplir el medicamento^[97]; (iii) exista una incapacidad económica del paciente^[98]; y (iv) en los casos en los que exista orden del médico tratante”.^[99]



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

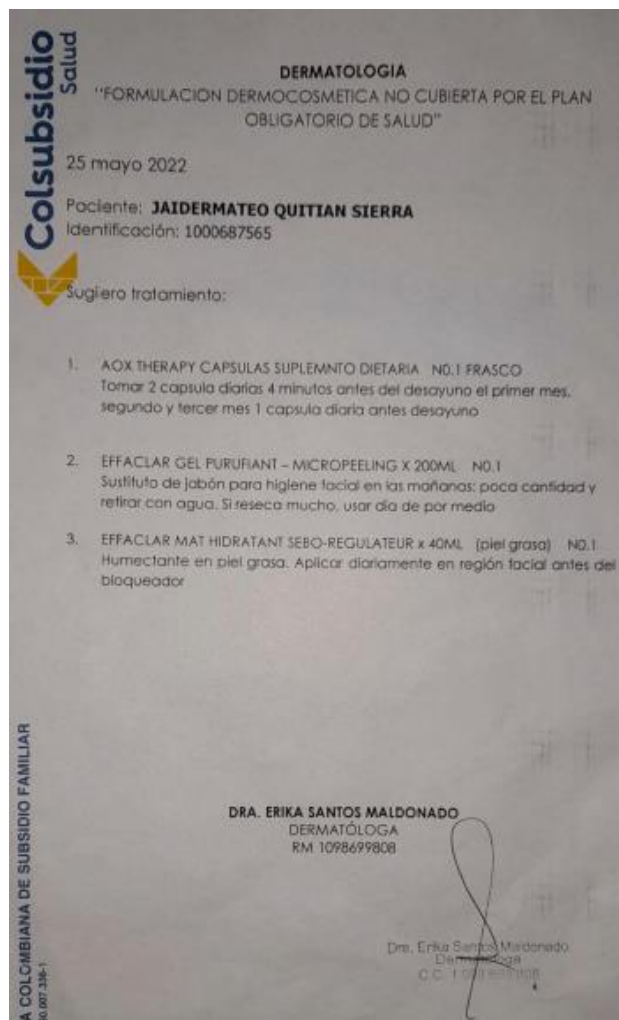
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

(...)

De forma que, aun cuando el acceso a ciertos servicios y tecnologías complementarios^[102] estén expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud, su aplicabilidad o no, debe ser examinada en cada caso por el juez constitucional de acuerdo con los parámetros ya citados. Como regla general, en principio, los elementos de aseo no están incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud^[103] y no pueden ser financiados con recursos públicos. Sin embargo, cuando en el caso concreto se evidencie de manera notoria su necesidad para garantizar los derechos a la salud y vida digna de las personas, el suministro de estos elementos es procedente por vía de tutela.”

Conforme lo expuesto, se tiene que en el presente asunto:

Jaidermateo Quitian Sierra, acreditó que el médico tratante le sugirió el tratamiento, solicitado:





Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Por tanto, acorde lo señalado por la Corte Constitucional, corresponde al juez constitucional impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, y garantizar las garantías constitucionales mínimas, no pudiendo valorar un procedimiento médico.

El médico tratante considero la necesidad del tratamiento sugerido, siendo quien posee el conocimiento técnico y científico, no pudiendo suplantarse dicho criterio por el jurídico.

En el presente asunto se cumplen con las reglas jurisprudenciales que deben seguir los jueces de tutela para inaplicar normas que regulan la prestación del servicio de salud, dado que:

- La ausencia del suministro de lo ordenado por el médico tratante, ocasiona el deterioro de la salud del accionante, teniendo en cuenta las prescripciones en su historia clínica, donde se pone de presente que los granos en la región frontal han aumentado de tamaño.
- Así mismo, se precisó en la historia clínica que, el tamaño de los granitos aumentó, y no hay mejora con la ingesta de doxiciclina.
- Jaider Mateo Quitian Sierra, informó que está dedicado a estudiar, no tiene ingresos, y sus padres tampoco los tienen.
- El accionante aportó la formula médica emitida por el médico tratante.

Visto lo anterior, se evidencia, i) una amenaza en la integridad de Jaider Mateo Quitian Sierra, ii) no se puede suplir lo ordenado por el médico tratante, dado que el medicamento suministrando con anterioridad no evitaba el crecimiento de los granos, iii) existe incapacidad económica del actor, y, iv) existe orden médica. Por tanto, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Municipal, de fecha julio cinco de dos mil veintidós.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión impugnada.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: NOTIFICAR la decisión por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO

JUEZ

©/TF