



Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639
cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., veinticinco (25) de agosto de 2020.

SENTENCIA.

REF. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 4003 005 2020 00411 00

ACCIONANTE: LEYDY JOHANNA NIVIAYO QUINTERO.

ACCIONADA: IPS CAFAM y EPS FAMISANAR.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES:

1.- Hechos:

La accionante, quien cuenta con 33 años de edad, indica que se encuentra afiliada a la EPS accionada en calidad de cotizante.

Agrega que, *“hace más de 4 años”* fue diagnosticada con *“HIPERTENSIÓN PULMONAR PRIMARIA enfermedad Principal con denominación CIE10-270, catalogada Legalmente como Huérfana y de alto costo”*.

Añade que, su médico tratante le prescribió los siguientes medicamentos:

- MACITENTAN 10 MG Para tomar Una (1) al día por tres meses para un total de NOVENTA UNIDADES (90).
- SILDENAFIL 20 MG. TABLETAS POR DOSCIENTAS SETENTA UNIDADES (270) por Tres (3) meses.

Afirma que, pese a que la EPS accionada autorizó dichos medicamentos, no ha sido posible la entrega del denominado SILDENAFIL 20 MG. TABLETAS POR DOSCIENTAS SETENTA UNIDADES (270) por Tres (3) meses.

Manifiesta que, como argumentos para la negativa de la entrega de dicho medicamento, exponen que *“el laboratorio que las proporciona (HB ALEOS HUMAN BIOSCIENCE) ya no es proveedor de ellos y que la tiene descontinuada ... que es un servicio no pertinente y ... un sin número de excusas y hasta la fecha no ha sido posible su entrega”*.

Destaca que, la enfermedad de HIPERTENSIÓN PULMONAR CIE10-I270, es catalogada como *HUÉRFANA Y DE ALTO COSTO*, que *no tiene cura* y es prioritario un tratamiento a tiempo y adecuado.

2.- La petición:

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, salud, dignidad y seguridad social y, en consecuencia, se ordene a la accionada *“...le ordene a la FARMACIA CAFAM y a la EPS FAMISANAR por intermedio de sus Representantes Legales o quien haga sus veces, Que en un término no superior a 48 horas, me sea entregada, en mi residencia o en su efecto en la farmacia más cercana autorizada, de manera urgente y efectiva los medicamentos: SILDENAFIL 20 MG TABLETAS DE HB ALEOS HB HUMAN BIOSCIENCE, POR DOSCIENTOS SETENTA UNIDADES (270) Para tomar 1 tableta cada 8 horas Formula por Tres (3) meses, anteriores formuladas el 13 de mayo de 2020, según fórmula médica que hace parte del material probatorio; (...) ordene a FAMISANAR EPS e IPS FARMACIA CAFAM, se me conceda, el TRATAMIENTO INTEGRAL Y CONTINUO, esto es, que todo lo que me formule, recete y ordene mi médico tratante en Neumología como medicamentos, exámenes, procedimientos, hospitalizaciones pruebas diagnósticas, aditamentos e insumos necesarios y los demás medicamentos requeridos estén o no dentro del Plan de beneficios, que se deriven de mi enfermedad aquí descrita HIPERTENSIÓN PULMONAR (...) se Ordene la EXONERACIÓN DE PAGO de toda cuota moderadora y/o copago a que haya lugar por parte de FAMISANAR EPS E IPS FARMACIA CAFAM. En los tratamientos y medicamentos que requiera por HIPERTENSIÓN PULMONAR o de los que de esta se deriven (...) prevenir a FAMISANAR EPS. Y a la IPS. FARMACIA CAFAM, para que no ejerzan presión sobre mi médico tratante y que en beneficio Económico de las entidades Accionadas, lo constriñan a NO recetar la medicina certera, efectiva y contundente y confundan a pacientes con mi mismo diagnostico HIPERTENSIÓN PULMONAR CIE10-I270, enfermedad catalogada como Huérfana y de alto costo, a tomar medicinas con nombres análogos y fabricaciones Magistrales, pero no efectivos como es el caso de SINDELAFIL, que por demás, si bien es cierto viene en presentaciones de 20 MG., - 25 MG. - 50 MG. Y 100 MG. La medicación que me han ordenado para mi tratamiento y debe suministrárseme y es efectiva se trata de SILDENAFIL TABLETAS POR 20 MGS HB Aleos de HB Human BioScience. Y no otra, según mi médico tratante; Además, implementar los respectivos controles, en los términos señalados en esta tutela, y tomar las medidas que sean del caso para sancionar a la entidad accionada, según la LEY 972 de 2005. (...) en vista de antecedentes con otros pacientes con enfermedades análogas y sus resultados inhumanos, solicito (...) enviar copia del fallo a la Superintendencia Nacional de Salud, para su respectiva vigilancia y control y su eventual sanción.”*

II. SÍNTESIS PROCESAL:

Por auto de 11 de agosto de 2020, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular a LABORATORIO HB HUMAN BIOSCIENCE, DROGUERIAS CAFAM, MINISTERIO DE SALUD, SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, FAGRON COLOMBIA SAS y el ADRES, y se les otorgó un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

EPS FAMINASAR.

En tiempo la EPS accionada dio contestación, solicitando se niegue la acción por improcedente. En ese sentido afirma que ha garantizado los servicios requeridos por la afiliada.

Agregó que, conforme al historial allegado, se informa que se autorizó la entrega del medicamento, ante la IPS FAGRON COLOMBIA S.A.S, sin embargo, indica, la accionante NO acepta el medicamento “*por no ser de la marca HB ALEOS HB HUMAN BIOSCIENCE*”.

MINISTERIO DE SALUD

Afirma que el medicamento reclamado por la actora se encuentra incluido en la Resolución 3512 de 2019, por lo que la EPS deberá garantizar la entrega de los medicamentos ordenados por el galeno tratante en una IPS idónea para atender dicha situación, a más que “revisada la base de datos de consulta pública del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –Invima, para la combinación DCI, concentración y forma farmacéutica, existe (1) registro sanitario o autorización de comercialización vigente para el medicamento [sildenafil] 20 mg tableta”. Solicita se desvincule de la presente acción, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

SECRETARIA DE SALUD

Indicó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, por ende, solicitó se le desvincule de la presente acción.

Indica que la entidad FAGROM COLOMBIA SAS, “cuenta con Certificado de Buenas Prácticas de Elaboración vigente, *se encuentra elaborando el medicamento SILDENAFIL 20 mg como preparación magistral, aun cuando este producto está disponible en el país y cuenta con Registro Sanitario No. INVIMA 2017M-0017847*”.

IPS CAFAM

Indicó que “*Se realiza validación en el sistema de la accionante LEYDY JOHANNA NIVIAYO QUINTERO CC 1019010652, la cual presenta en Famisanar, Autorizaciones ANULADAS del medicamento MAG- 000354 SILDENAFIL (PREPARACION MAGISTRAL) CAPSULA 20MG (SOLO POS PARA HTA PULMONAR) las cuales estaban direccionadas para el punto de dispensación Cafam Calle 48. Posteriormente, dichas autorizaciones fueron nuevamente reemplazada y direccionadas para el operador FAGRON COLOMBIA SAS, por lo que solicita se conmine a la misma para la prestación de los servicios requeridos.*

ADRES

Argumentó que teniendo en cuenta que la presente acción constitucional no es responsabilidad del agravio que alude la actora, se hace necesario solicitar se declare la improcedencia y falta de legitimación para con la entidad que representa. En igual sentido, puntualizo que la obligación del servicio solicitado, recae exclusivamente sobre la EPS, y no le asiste el derecho de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES-.

HB HUMAN BIOSCIENCE

Señaló que, desde el año 2011, la entidad produce el medicamento de SILDENAFIL TAB 20 MG avalada por el Registro Sanitario INVIMA NRO. 2017M-0017847 con fecha de Vigencia de registro al 27 de Septiembre del año 2022.

Indica que, la EPS desde el mes de febrero de 2020, no volvió a contratar la dispensación de dicho medicamento, por lo que la entidad solicita se desvincule por falta de legitimación en la causa por pasiva.

FAGROM COLOMBIA SAS

Precisó que: *“El 03 de agosto de 2020 Fagron Colombia S.A.S. le solicitó a Famisanar el envío de la fórmula médica para dar trámite a la elaboración de la fórmula magistral. Ese mismo día Famisanar remitió la información solicitada”*

Alude que la preparación del medicamento no se ha realizado, por cuanto la accionante manifestó no aceptar la entrega del medicamento magistral.

PROBLEMA JURÍDICO

En el caso objeto de análisis el problema jurídico consiste en determinar si se han vulnerado o no, los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la accionante, por parte de las entidades accionadas al negar la entrega del medicamento SILDENAFIL TAB 20 MG, teniendo en cuenta la patología que padece.

CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCION DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales,

cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela en consecuencia, es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

1.1 Derecho a la Salud.

La Ley 1751 del 16 de febrero de 2015 (Ley Estatutaria de Salud) en su art. 2° establece el derecho a la salud como fundamental y el art.10° señala que las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad.

Sobre la naturaleza del derecho a la salud, la Corte Constitucional en Sentencia T-320 de 2011 señaló :

“(i) las de cumplimiento inmediato al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o (ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho”.

En este sentido, la Corte ha precisado que la “faceta prestacional” del derecho fundamental a la salud implica para el Estado la obligación de tomar las medidas necesarias para proporcionar a todas las personas la efectividad del mismo. De esta manera, el incumplimiento del conjunto de acciones con las cuales se facilita el acceso y el disfrute del derecho, facultan a su titular para reclamar esta garantía mediante la acción de tutela.

No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, esta Corporación ha indicado que en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Constitución, no todos sus aspectos son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que su protección mediante esta vía procede en principio cuando: (i) “esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho”.

En conclusión, la acción de tutela, como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, protege la garantía básica con la que cuentan todas las personas de acceder a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”.

...De manera que, para acceder a un servicio de salud incluido en el POS, procederá la acción de tutela siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) “que el servicio, tratamiento o medicamento haya sido ordenado por un médico tratante, (ii) que sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental y (iii) haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud”.

Aunado a lo anterior, precisa este despacho que no es posible controvertir las decisiones del galeno en ordenar determinados procedimientos, pues es el profesional idóneo para indicar en materia de salud las necesidades de cada paciente.

Precisamente lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el siguiente sentido:

“Concretamente, se deduce que el médico tratante, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contravirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista” (Sentencia T-539 de 2013).

2.- CASO CONCRETO

En el asunto materia de escrutinio, se evidencia que la accionante es una paciente de 33 años de edad, que fue diagnosticada con HIPERTENSIÓN PULMONAR PRIMARIA, por lo que le fue prescrito por su médico tratante el medicamento denominado “*sildenafil tableta por 20 MG*”.

Ahora bien, la EPS accionada, en la respuesta allegada indicó que, ha autorizado la elaboración de la **fórmula magistral** SINDENAFIL TAB 20 MG. a través de la IPS FAGROM COLOMBIA SAS, precisando que no es necesario la entrega de dicho medicamento únicamente por el laboratorio HB ALEOS, por lo cual afirma que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la promotora

Respecto a lo manifestado por la EPS, es del caso resaltar que de conformidad con lo previsto en el Num.2.1 del CAPITULO III, de la Resolución 1403 de 2007 “*El objetivo de las preparaciones magistrales es satisfacer la necesidad individual de un paciente determinado, **en relación con uno o más medicamentos que no se encuentran en el mercado nacional y que en criterio del médico tratante debe(n) utilizarse en la farmacoterapia***”.

Para el despacho, si bien la EPS accionada remitió los documentos pertinentes que demuestran que se han emitido las autorizaciones respecto

de la entrega del medicamento SINDENAFIL TAB 20 MG (preparación **magistral**), lo cierto es que el autorizado **no corresponde** al ordenado a la promotora por su médico tratante. En efecto, quedó visto que solo es posible acudir a una preparación **magistral** de un medicamento cuando éste “**no se encuentran en el mercado nacional y que en criterio del médico tratante debe(n) utilizarse en la farmacoterapia**”, siendo claro que el prescrito a la promotora sí **se encuentra el mercado nacional**, tal como lo devela la documental aportada por el laboratorio HB Human BioScience, por lo que no era posible, entonces, sustituir dicha medicina en la forma como lo hizo la EPS, esto es, suministrando una fórmula magistral, contrariando lo prescrito en la resolución aludida.

Por lo tanto, se ha de concluir que no se ha dado el efectivo suministro del servicio de salud autorizado, pues, es claro que “**es el suministro de la orden dada por el médico, la forma por excelencia en que se concreta el cumplimiento y el respeto por el derecho a la salud de los afiliados; de modo que, además de la autorización de la intervención, es necesario que esta sea programada y proporcionada a la demandante**”. (Sentencia T 234 de 2013)

Bajo ese escenario, se ha de concluir que la EPS accionada ha retardado la atención que está a su cargo en lo que hace a los servicios médicos que, si bien le ha autorizado a la promotora, lo cierto que **no ha velado por su efectiva prestación**; vulnerando de esa forma el derecho fundamental a la salud de la accionante.

Adicional lo expuesto, le compete al Despacho, determinar si en el caso objeto de estudio se acreditan los requisitos que, en criterio de la jurisprudencia constitucional, permiten otorgar el tratamiento integral deprecado por la accionante.

Sobre dicho tópico, “*la Corte ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de **ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del paciente, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.***

*Lo anterior ocurre, por una parte, porque **no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables**; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de tratamiento integral, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución*”. (Corte Constitucional sentencia T-092 de 2018)

Bajo ese horizonte, en el caso objeto de análisis, el Despacho encuentra que la pretensión invocada por actora relacionada con el tratamiento integral no

está llamada a prosperar, habida cuenta que ni del material obrante en el expediente, ni de lo dicho por las partes en el trámite del amparo constitucional, se advierte que exista una negación a un procedimiento o tratamiento diferente a la entrega del medicamento aludido, no siendo posible acceder a ello a partir de simples suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales de la accionante.

Finalmente, en cuanto a la exoneración del pago de las cuotas moderadoras o copagos, se tiene que la patología que padece la promotora no aparece relacionada en la Resolución 3974 de 2009 como una enfermedad de alto costo; y tampoco en los términos de la resolución 5265 de 2018 resulta ser una enfermedad huérfana, por lo que no hay lugar a exonerar a la demandante del pago de las cuotas moderadoras o copagos, máxime que ésta se encuentra en el régimen contributivo.

Conclusión de lo anterior, se concederá el amparo a los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, de la accionante, ordenando a la **EPS FAMISANAR**, a través de su representante legal y/o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas, contadas a partir de que le sea notificada la presente sentencia, haga efectivo a la actora la entrega del medicamento denominado “*SILDENAFIL TAB 20 MG*”, en la forma ordenada por su médico tratante, **sin que pueda suplir dicha medicina con la preparación magistral que le fue autorizada.** .

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional reclamado por **LEYDY JOHANNA NIVIAYO QUINTERO**, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS FAMISANAR**, a través de su representante legal y/o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas, contadas a partir de que le sea notificada la presente sentencia, haga efectivo a la actora la entrega del medicamento denominado “*SILDENAFIL TAB 20 MG*”, en la forma ordenada por su médico tratante, sin que pueda suplir dicha medicina con la preparación magistral que le fue autorizada.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo y expedito posible.

CUARTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Carlos Fonseca Cristancho', written over a horizontal line.

**JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ**