



JUZGADO VEINTIUNO CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D. C., Veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Acción de Tutela de Segunda Instancia
Rad: 110014003032-2023-00261-01

MOTIVO DE LA INSTANCIA

Decide el Juzgado la impugnación interpuesta por la accionante en contra del fallo de primera instancia proferido por el JUZGADO TREINTA Y DOS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ el 15 de marzo de 2023 dentro de la acción de tutela instaurada por CLARA MARÍA VELA MARTÍNEZ en contra de EPS FAMISANAR, la cual fue recibida de la oficina de reparto el 28 de marzo de 2023.

ANTECEDENTES

1.- Expuso la accionante como fundamentos de hecho de sus pretensiones, los siguientes:

1.1.- Que la entidad accionada ha vulnerado sus garantías supraleales a la vida digna, salud y seguridad social, al negarse a entregarle y autorizarle la preparación magistral de extracto balanceado, requerido y aparentemente ordenado por el médico tratante.

1.2.- Que, por lo anterior, rogó que la EPS accionada, otorgue la preparación requerida, así como el tratamiento integral para su padecimiento.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.- Luego de repartida la acción al JUZGADO TREINTA Y DOS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, mediante proveído del 3 de marzo de 2023, admitió a trámite la tutela y dispuso oficiarle a la accionada para que se pronunciara sobre los hechos y fundamentos que cimentaban la acción.

2.1.- En este mismo proveído se requirió a la accionante para que allegara al plenario las pruebas documentales enunciadas en el escrito de tutela, puesto que las mismas no fueron enviadas en la documental enviada por la Oficina de Reparto.

2.1.- Que, por auto calendado 7 de marzo de esta misma anualidad, vínculo de oficio al INVIMA y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES.

2.2.- Que la SUPERINTENDENCIA DE SALUD solicitó ser desvinculada del presente trámite, al afirmar que no es la entidad encargada de dar cumplimiento a las pretensiones de la accionante, máxime cuando ellas se dirigen a la EPS Sanitas.

2.3.- A su vez, COLSUBSIDIO solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que el encargado de cumplir con las pretensiones de la accionante es la EPS.

2.4.- El MINISTERIO DE SALUD señaló que no le consta ninguno de los hechos alegados, y que no es la entidad encargada de prestar o entregar servicios médicos, pues ello le corresponde a la EPS.

2.5.- El INVIMA señaló que en efecto la mencionada medicina, no se encuentra como un medicamento inventariado, sino que es una preparación magistral que debe ser elaborado, de acuerdo a lo dispuesto por el galeno tratante y en un establecimiento farmacéutico certificado por el INVIMA.

2.6.- El ADRES mencionó que las preparaciones magistrales son consideradas tratamientos experimentales para tratar patologías, por lo que no pueden ser pagados con recursos para la salud, sin embargo, señaló que es deber de la EPS garantizar la prestación del servicio de salud, por lo que los medicamentos que se encuentran fuera del Plan de Beneficios de Salud, deben ser financiados por los recursos de la Unidad de Pago por Capacitación, dineros con los que ya cuenta la EPS accionada. Por lo tanto, solicitó denegar el amparo respecto a lo que ella corresponde. EPS Famisanar comunicó que no ha vulnerado los derechos del accionante pues el medicamento solicitado, solo es viable en dos tipos de patologías, por lo que no puede ser autorizada a favor del actor, de acuerdo a lo dispuesto por el INVIMA y la Resolución 2292 de 2021, además, al no ser un medicamento autorizado por dicha entidad, no es cubierto por los planes de salud.

DECISIÓN DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO

El Juez de tutela de primer grado, luego de hacer un recuento sobre lo sucedido en el trámite de la instancia, NEGÓ la presente acción por cuanto no obra en el plenario orden médica emitida por parte del profesional de la salud adscrito a la EPS accionada y que acredite la necesidad del mismo, lo que no le permite al Juez de tutela usurpar la labor del profesional de la salud, además, de no acceder al tratamiento integral pretendido, como quiera que no pueden determinarse las prestaciones que en el futuro requiera la accionante.

IMPUGNACIÓN

En su oportunidad legal pertinente la accionante impugno el fallo de primera instancia, sin exponer ninguna clase de argumento que soporte su inconformidad.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

En primer lugar, ha de partir esta instancia por admitir su competencia para conocer y decidir sobre la presente impugnación de conformidad con la prescripción del art. 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela.

El afán de la Constitución Política Colombiana por dotar a los asociados de una herramienta extraordinaria que les permitiera hacer valer preferentemente sus derechos fundamentales con intervención de los jueces de la República, tenía como objeto esencial el asegurar a todo individuo la protección de un mínimo de prerrogativas sin las cuales se entiende vulnerada, bajo cualquier contexto, la dignidad humana.

Por ello y para ello se instituyó en el artículo 86 de ese Ordenamiento Superior la denominada acción de tutela, la cual, parafraseando el texto normativo, faculta a *“Toda persona... para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, 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”*.

Frente al caso puesto de presente en este asunto, es claro que la decisión del a quo fue la adecuada, conforme los fundamentos fácticos y pruebas allegadas al plenario.

Se consideró en el fallo de primera instancia la negativa de las pretensiones de la accionante por falta de la orden médica que dispuso la entrega del medicamento denominado:

medicamentos:... **“PREPARACION MAGISTRAL DE EXTRACTO BALANCEADO THC:CBD -1:1. TETRAHIDROCANNABINOL (THC) 1.2% CANNABIDIOL (CBD) 1.4% - 12 MG/ML – THC – 14 MG/ML. CBD TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON CONTROLADO. 0.6 Mililitro cada 12 horas vía oral por 30 días, por dos frascos x30ml...”**.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los requisitos necesarios para que la acción de esta especie o linaje prospere en los casos en que les es negado el medicamento o tratamiento no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud a los usuarios del sistema. Este alto tribunal constitucional señala los siguientes requisitos para el caso objeto de tutela:

(...)

- 1. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado¹,*
- 2. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente;*
- 3. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el*

¹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).
4. Finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. (Negrilla del Despacho).

Aunado a ello, debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico nacional establece que el derecho a la salud debe prestarse de conformidad al principio de atención integral (literal c del artículo 156 de la Ley 100 de 1993) y para ello, el Estado y los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud están obligados a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación atendiendo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad².

Descendiendo al caso concreto, preciso es hacer referencia a la jurisprudencia en cita que indica que la acción de tutela es procedente en tratándose de servicios de salud, cuando, entre otros requisitos, "el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante", de allí que no es procedente a través de este medio ordenar a las entidades prestadores del servicio de salud garantizar aquellos que no han sido ordenados por un galeno tratante, pues ello no se encuentra dentro de la órbita del juez de tutela.

En consecuencia, al no obrar en el plenario la orden de la fórmula del médico ordenado por el médico tratante; acertada resultó la decisión en primera instancia, debido a que para la procedencia del amparo debía acreditarse la prescripción médica.

No obstante, se advierte en esta instancia que cuando el accionante impugno el fallo emitido, aporto al plenario el documento echado de menos y que corresponde a la prescripción médica del medicamento antes referido.

Dicha orden, aportada escaneada y fechada 14 de enero de 2023 de la presente anualidad, en efecto corresponde a la prescripción del medicamento que refirió la accionante en su acción de tutela y que fue ordenado con fecha anterior a la presentación de la demanda al reparto (ver recorte).

RECIBO DE ENTREGA DE DOCUMENTOS

Yo, el suscrito, he recibido de la persona que suscribe el presente documento, el número de documentos que se detallan a continuación:

Descripción de los documentos	Cantidad
Prescripción médica	1

En fe de lo cual, se firma y sella en Bogotá, D.C., a los 14 días del mes de enero de 2023.

El suscrito, Jefe del Despacho de la Sala IV del Tribunal Superior del Poder Judicial de la Federación, en ejercicio de sus funciones, firma y sella el presente documento.

Nombre y Apellido: _____

Nombre y Apellido: _____

² Artículo 49 de la Constitución Política de 1991.

Así mismo, obra la correspondiente autorización de servicios emitida por FAMISANAR EPS en donde claramente se lee que la misma se refiere al medicamento de marras, que fue solicitado por el INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NEUROLOGIA Y SISTEMA NERVIOSO - ILANS SAS. - ZERENIA y ordenado por el Dr. JORGE PATIÑO URIBE; extrañamente desde el 7 de julio de 2022.

Autorización de Servicios

Solicitada el: 06/07/2022 00:00:00
 Autorizada el: 07/07/2022 13:05:00
 Ingresada el: 07/07/2022 14:54:00

Nº. Solicitud: 83
 Nº Autorización: (FOS) 8140-0010007
 Código Eps: 019017

Afiliado: CC 81387488 VELA MARTINEZ CLARA MARSA

Educ: E.S.A.16 Fecha: 18/10/1988 Tipo Afiliado: ZOO.CÓTEZ (A)
 Dirección: CALLE 151 111 A 87 CASA 158 SURA Departamento: DISTRITO CAPITAL(11) Municipio: SMOGTA(001)
 Teléfono Afiliado: 1-3132388539 Celular: 3132388529 Correo: DRACOL34@HOTMAIL.COM

Solicitado: INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NEUROLOGÍA Y SISTEMA NERVIOSO-ILANS S.A.S - ZERENIA
 NIT: 8002679401 Código: 110012315804
 Dirección: AX 19 168 30 BR SAN PATRICIO Departamento: DISTRITO CAPITAL(11) Municipio: SMOGTA(001)
 Teléfono 1-
 Ordenado: JORGE PATIÑO URIBE
 Remitido a: INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NEUROLOGÍA Y SISTEMA NERVIOSO-ILANS S.A.S - ZERENIA
 NIT: 8002679401 Código: 110012315804
 Dirección: AX 19 168 30 BR SAN PATRICIO Departamento: DISTRITO CAPITAL(11) Municipio: SMOGTA(001)
 Teléfono 1-

Ubicación: CONSULTA EXTERNA
 Origen: ENFERMEDAD GENERAL Manejo Integral según

Código	Cantidad	Descripción Servicio
PROPIAS-MAG-000387		EXTRACTO BALANCEADO TETRAHIDROCANABINOL 12MG/ML-CANNABINOL Z 13MG/ML FRASCO 30ML

Afiliado No Cancela Ningun Valor por concepto de Pago Mastercard o Cepago

Autorización en formato PDF, válida sin más ni menos.

Firma Afiliado e Acreditado: _____ E.P.S. FAMISANAR S.A.S
 Autorizador: YESSICA GÓMEZ MAHECHA
 Cargo: AUTORIZADOR EPS PORTAL WEB

Válida por 90 días a partir de la fecha de autorización.
 Esta autorización es totalmente administrativa y garantiza que el usuario tiene derecho al servicio solicitado. La pertinencia estará sujeta a la revisión del Auditorio Médico.

Por lo tanto, habiéndose allegado por la accionante, al momento de impugnar la decisión de primera instancia, la formula del medicamento por ella solicitado y echado de menos, es viable el amparo constitucional a fin de que la entidad accionada proceda a su suministro en la cantidad, durante el tiempo y bajo las condiciones ordenadas por el galeno tratante.

No obstante, se reitera que no existe prueba en el plenario que ante la entidad accionada la entrega del medicamento se encuentre en estado aprobado, así como tampoco que ya haya sido entregado al interesado.

Ahora bien, en la parte final del documento de autorización, se lee en letra menuda que "la pertinencia estará sujeta a la revisión de Auditoría Médica".

Esto quiere decir, que son sabedores que el usuario tiene derecho al servicio solicitado y que el medicamento, requiere de un estricto seguimiento y revisión.

Aunado a lo anterior, es del caso referir la contestación que hiciera el INVIMA a las pretensiones de la acción de tutela, cuando manifestó que:

"...La Dirección de Medicamentos y Productos Biológicos – Grupo de Registros Sanitarios de Productos Fitoterapéuticos, Medicamentos Homeopáticos y Suplementos Dietarios, indico que para el medicamento "PREPARACION MAGISTRAL DE EXTRACTO BALANCEADO THC:CBD -1:1. TETRAHIDROCANNABINOL (THC) 1.2% CANNABIDIOL (CBD) 1.4% - 12 MG/ML – THC – 14 MG/ML. CBD TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON CONTROLADO – 0.6 MILILITRO CADA 12 HORAS VÍA ORAL POR 30 DÍAS": "El PREPARACION MAGISTRAL DE EXTRACTO BALANCEADO THC:CBD -1:1. TETRAHIDROCANNABINOL (THC) 1.2% CANNABIDIOL (CBD) 1.4% - 12 MG/ML – THC – 14 MG/ML. CBD TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON CONTROLADO – 0.6 MILILITRO CADA 12 HORAS VÍA ORAL POR 30 DÍAS, formulado de acuerdo con la documentación aportada por la accionante, corresponde a una preparación magistral, la cual, por definición, se trata de preparados elaborados por un establecimiento farmacéutico para atender una prescripción médica de un paciente individual, que requiere de algún tipo de intervención de variada complejidad.

Que de acuerdo al artículo 2.8.11.5.1. del Decreto 811 de 2021, solo puede ser elaborada por los establecimientos farmacéuticos y servicios farmacéuticos autorizados, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado decreto y las normas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en esa materia, los cuales deberán obtener el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración otorgado por el INVIMA con alcance específico a derivados de componente vegetal o derivados de cannabis, y su dirección técnica estará a cargo exclusivamente de un químico farmacéutico, quien con base en la prescripción médica, elaborará la preparación magistral.

Por otra parte, también informamos que las indicaciones de la preparación magistral en referencia para la patología padecida por la paciente, de acuerdo con la documentación aportada, son potestad del médico tratante con base en su conocimiento, "Lex artis" y la evidencia científica, quien establece las indicaciones del producto para su paciente y establece la dosificación adecuada de acuerdo con las concentraciones de Delta-9-Tetrahydrocannabinol (THC), cannabidiol (CBD) con las cuales dicho profesional ordenó mediante prescripción sea elaborada la preparación para el tratamiento indicado. Dicha preparación con base en la prescripción médica debe ser elaborada en el establecimiento farmacéutico certificado por el INVIMA.

Es de anotar que, de acuerdo con la normatividad anteriormente mencionada, la dispensación y/o venta de preparaciones magistrales se podrá realizar en farmacias droguerías y droguerías bajo la dirección técnica de un regente de farmacia o químico farmacéutico, dando cumplimiento a los lineamientos del programa nacional de farmacovigilancia y al modelo de gestión del servicio farmacéutico".

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... "

Es del caso, hacer énfasis en esta instancia en que la EPS accionada está obligada a suministrar los servicios de salud, medicamentos y procedimientos que requiera la paciente y que le sean ordenados por los galenos tratantes, atendiendo los principios de celeridad, eficiencia, continuidad, oportunidad e integralidad, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, máxime cuando se trata de una persona de la tercera edad a que el Estado le brinda una protección especial.

Por lo tanto, este Despacho revocará la decisión adoptada ordenando a FAMISANAR EPS que, dentro de los 60 días siguientes a la emisión de este fallo, proceda a verificar el suministro del medicamento denominado medicamentos:... "PREPARACION MAGISTRAL DE EXTRACTO BALANCEADO THC:CBD -1:1. TETRAHIDROCANNABINOL (THC) 1.2% CANNABIDIOL (CBD) 1.4% - 12 MG/ML – THC – 14 MG/ML. CBD TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON CONTROLADO. 0.6 Mililitro cada 12 horas vía oral por 30 días, por dos frascos x30ml...".

en la cantidad, durante el tiempo y bajo las condiciones ordenadas por el galeno tratante; PREVIO revisión de auditoria médica, y plena intervención y dirección técnica a cargo exclusivamente de un químico farmacéutico, quien, con base en la prescripción médica, la potestad del médico tratante y su conocimiento, elaborará la preparación magistral; preparación que deberá ser elaborada en establecimiento farmacéutico debidamente certificado por el INVIMA.

Por lo expuesto, el JUZGADO VEINTIUNO CIVIL DEL CIRCUITO de este Distrito Capital, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido por el JUZGADO TREINTA Y DOS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, en los términos aquí referidos y por las razones que se dejaron consignadas en el cuerpo de esta determinación.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud, vida digna y seguridad social de CLARA MARIA VELA MARTINEZ en contra de FAMISANAR EPS., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta determinación.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR EPS que, dentro de los 60 días siguientes a la emisión de este fallo, proceda a verificar el suministro del medicamento denominado

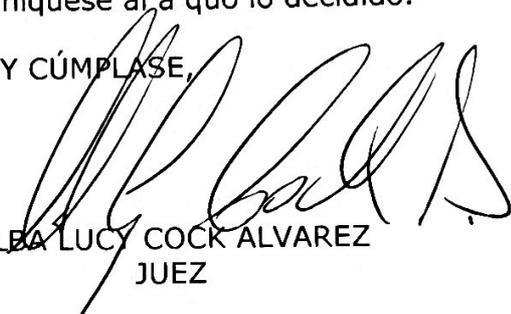
medicamentos:... "PREPARACION MAGISTRAL DE EXTRACTO BALANCEADO THC:CBD -1:1. TETRAHIDROCANNABINOL (THC) 1.2% CANNABIDIOL (CBD) 1.4% - 12 MG/ML - THC - 14 MG/ML. CBD TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON CONTROLADO. 0.6 Mililitro cada 12 horas vía oral por 30 días, por dos frascos x30ml...".

en la cantidad, durante el tiempo y bajo las condiciones ordenadas por el galeno tratante; PREVIO revisión de auditoria médica, y plena intervención y *dirección técnica a cargo exclusivamente de un químico farmacéutico, quien, con base en la prescripción médica, la potestad del médico tratante y su conocimiento, elaborará la preparación magistral; preparación que deberá ser elaborada en establecimiento farmacéutico debidamente certificado por el INVIMA.*

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, a la Corte Constitucional, para su eventual revisión y comuníquese al a quo lo decidido.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ALBA LUCY COCK ALVAREZ
JUEZ