REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá D.C., **1 de Diciembre de 2022**

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación:	No. 2022-192
Accionante:	Ana Edilia Mora Arévalo
Accionado:	Sanitas EPS
Decisión:	No tutelar – Hecho superado.

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **Ana Edilia Mora Arévalo**, en contra de **Sanitas EPS,** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal, consagrados en la Constitución Política.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. La señora **Ana Edilia Mora Arévalo**, menciona que es una mujer de 61 años, desempleada, y sus ingresos son variables, por lo que en ocasiones se le dificulta pagar al sistema de seguridad social en salud, como independiente, refiere que fue diagnosticada así: *enfermedad de reflujo gastroesofágico, con esofagitis, gastritis crónica y atrófica y osteoporosis.* y para tratar estas patologías su médico tratante le prescribió medicamentos como **Segregam** y **Gaviscon** en sus presentaciones comerciales ya que su organismo no tolera los fármacos genéricos.
2. Así las cosas, en el mes de junio se autorizó y entregó el medicamento **Segregam** 40 mg ya para el mes de julio, la **EPS Sanitas** se ha negado hacer entrega de los medicamentos formulados, pese a que obran ordenes medicas así como los fallos terapéuticos que sustentan la formulación realizada.
3. La **EPS Sanitas** le ha indicado que solo puede hacer entrega de los medicamentos en sus presentaciones genéricas en contra del criterio médico que ha ordenado los medicamentos en presentación comercial, de esta manera se ha visto retrasado su tratamiento médico, pues no puede adquirir los medicamentos en presentación comercial por su cuenta, al no tener los recursos económicos para acceder a estos.

PRETENSIONES

La accionante **Ana Edilia Mora Arévalo**, peticiona le sean amparados sus derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal, consagrados en la Constitución Política. En consecuencia se ordene a **Sanitas EPS** la entrega inmediata de los medicamentos Segregam de 40 g x 60 tabletas y Gaviscon 100 ml de acuerdo con las prescripciones médicas.

MEDIDA PROVISIONAL

La parte accionante **Ana Edilia Mora Arévalo** solicita:

"***ordenar a SANITAS EPS, como MEDIDA PROVISIONAL Y URGENTE, la entrega inmediata de los medicamentos SEGREGAM de 40 grs x 60 tabletas y GAVISCON de 100 ml*** *para garantizar mi derecho fundamental a la salud y demás derechos invocados"*

Tramite de la medida provisional dada por este Estrado Judicial:

El día **18 de noviembre de 2022**, mediante auto que avoca conocimiento ordenó:

(…) "

1. ***NO DECRETAR****, la medida provisional solicitada, en razón a que la misma está dirigida a que la entidad accionada* ***EPS Sanitas*** *entregue los medicamentos ordenados****,*** *sin embargo, se hace notar que de los anexos allegados, no se aporta la historia clínica, que permita inferir que la actora se encuentra ante un inminente riesgo o amenaza por la falta de dichos medicamentos y que amerite la intervención del Juez de tutela en forma inmediata, obviando el trámite respectivo para la decisión de fondo de la misma.*

2. ***CORRER*** *traslado de la medida provisional solicitada,* ***EPS Sanitas*** *para que en un* ***TÉRMINO NO SUPERIOR A 2 HORAS*** *desde el momento del recibo, se pronuncien respecto de la medida provisional solicitada"****. (…)***

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Sanitas EPS

La apoderada de la entidad accionada, informa al Despacho que la accionante **Ana Edilia Mora Arévalo,** se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en salud a través de la **Sanitas EPS,** como independiente. Frente al caso concreto informa que se evidencia que se le han prestado todos los servicios en salud que ésta ha requerido de acuerdo con las ordenes medicas prescritas para su estado de salud, que revisado el caso, se detalla que la actora aporta prescripción del **7 de octubre de 2022** para el medicamento de pantoprazol 40 mg tableta o capsula de liberación retardada entérica con indicación tomar 1 tableta cada 12 horas por 90 días **Segregam,** también le fue prescrito el medicamento de alginato sodio + bicarbonato sodio + carbonaro de calcio suspensión oral por 90´dias, **Gaviscon,** frente a este último medicamento señala

que no se evidencia en el reporte especifico de evento adverso o falla con el manejo del medicamento en presentación genérica, refiere también que estos medicamentos se encuentran cubiertos por la UPC Unidad de Pago por Capitación en presentación genérica, pero en los casos en que se requiere la presentación comercial estos no están cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud.

Finalmente refiere que los medicamentos ya fueron autorizados y que se deben solicitar a la **Droguería Cruz Verde**, por lo tanto solicita que se vincule a esta institución para que informe si ya fueron entregados los medicamentos a la señora **Ana Mora**, por ser esta institución prestadora sobre quien recae la obligación de hacer entrega de los medicamentos una vez estos son autorizados por su representada. Como excepciones propone improcedencia de la acción por no vulneración de derechos fundamentales, y solicita que se declare que no ha existido la vulneración que se predica en este amparo constitucional, asimismo, solicita que en caso de que se ordenen servicios no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud- NO PBS se ordene a la **ADRES** el reembolso del 100% de los mismos y demás dineros como sería el caso del suministro de los medicamentos ordenados en presentación comercial.

Droguerías Cruz Verde SAS

La abogada de gestión procesal de la farmacia vinculada informa que, la relación comercial que rige a su representada con la **EPS Sanitas** se circunscribe a la entrega de medicamentos que autorice la EPS a sus pacientes, por lo que solo se entregan los productos previamente autorizados por la EPS a sus afiliados y conforme a sus instrucciones. En lo que tiene que ver con los medicamentos autorizados a la accionante, **ALGINATO SODIO+BICARBONATO SODIO+CARBONATO CALCIO SUS ORAL -GAVISCON-** y, **(ii) PANTOPRAZOL 40MG TAB O CÁPSULA DE LIBERACIÓN RETARDADA -SEGREGAN-**, informa al Despacho que se encuentra en proceso de entrega domiciliaria y con relación al medicamento **PANTOPRAZOL 40MG TAB O CÁPSULA DE LIBERACIÓN RETARDADA**, éste no fue autorizado en la marca específica que solicita la accionante **-SEGREGAM-**, razón por la cual se entregará la presentación que autoriza la **EPS Sanitas**.

El día **25 de noviembre** allegó un correo electrónico al Despacho donde remite alcance a la respuesta primigenia, en el alcance la togada informa que ya se entregaron los medicamentos solicitados en este amparo constitucional en forma completa, los cuales fueron recibidos por la señora **Ana Edilia Mora**, se remite soporte de entrega firmado por la accionante, por lo que considera que se configura la carencia actual por hecho superado como quiera que **Droguerías y Farmacias cruz Verde SAS** ha cumplido con su obligación de suministrar el medicamento autorizado por la **EPS Sanitas**.

Instituto Roosevelt

El representante legal de la IPS vinculada informa al Despacho que se han prestado servicios de salud a la accionante, su última atención se registró el día **8 de junio de 2022** por anestesiología por diagnóstico de lumbago no

especificado, refiere que se han prestado los servicios en salud que ha requerido la señora **Mora** de acuerdo con el contrato de prestación de servicios que se encuentra vigente a la fecha con la **EPS Sanitas**, bajo este entendido, refiere que es la EPS quien debe garantizar a sus afiliados el acceso a los servicios de salud, sí como el suministro de procedimientos y medicamentos que le sean ordenados a la paciente por sus médicos tratantes, con lo anterior, anota que la IPS vinculada no le ha negado ningún servicio de salud a la paciente y solicita su desvinculación de este amparo constitucional.

Gastricare IPS

A través de correo electrónico del 21 de noviembre de 2022 se informa que no es claro en que puede colaborar la IPS vinculada, no se allega informe alguno.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

El jefe de la oficina jurídica de la entidad vinculada, frente al caso puntual informó al Despacho que es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y protección social con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de solidaridad y garantía FOSYGA, del fondo de salvamento y garantías para el sector salud – FONDAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. (UGPP)

Señala además que existen distintos mecanismos de financiación de la cobertura integral para el suministro de tecnologías y servicios en salud, como, la Unidad de pago por capitación, los presupuestos máximos y los servicios y tecnologías en salud no financiados en la UPC y del presupuesto máximo.

> *"Sobre este particular, pone en conocimiento que Mediante el artículo 240 de la Ley 240 de la Ley 1955 de 2019 se estableció el mecanismo de los presupuestos máximos a través del cual se asigna un presupuesto anual a las EPS, que es transferido por la ADRES para que las entidades promotoras de salud garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías no financiados con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.*
>
> *El Ministerio de Salud y Protección Social en ejercicio de sus atribuciones conferidas por la ley, reglamentó el mecanismo de presupuesto máximo por medio de las Resoluciones 205 y 206 de 17 de febrero 2020 y dispuso que entraría en aplicación a partir del 1 de marzo de 2020.*
>
> *La nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las EPS, por cuanto este mecanismo prevé que los recursos de los servicios y tecnologías no financiados por la Unidad de Pago por Capitación se giran con anterioridad a la prestación de los servicios.*

> *En cuanto a los servicios y tecnologías que se encuentran financiados con cargo al presupuesto máximo, el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020 establece que "…El presupuesto máximo trasferido a cada EPS o EOC financiará los medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud que se encuentren autorizadas por autoridad competente del país, no se encuentren financiado por la UPC, ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones establecidas en el presente acto administrativo".*
>
> *Se tiene entonces que, se consideran financiados con cargo al presupuesto máximo, los medicamentos, procedimientos, alimentos para propósitos médicos especiales – APME señalados expresamente en el artículo 5° de la referida resolución y los servicios complementarios suministrados en cumplimiento de órdenes judiciales."*[1]

Aunado a lo anterior, indica que es la **EPS** quien debe garantizar la prestación de servicios en salud, así como la prestación integral y oportuna del servicio, para lo cual debe conformar libremente su red de prestadores, sin que en ningún momento se deje de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que se ponga en riesgo la vida o salud de los usuarios; de esta manera, considera que la presunta vulneración a derechos fundamentales no recae sobre la entidad a la que representa, sino sobre la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente.

En concordancia con lo establecido en la Resolución 094 que establece los lineamientos sobre los servicios y tecnologías financiados por la UPC, en concordancia con el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, el cual reza:

> ***ARTÍCULO 231. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN.*** *<Entra en vigencia a partir del 1 de enero de 2020> Adiciónese el numeral 42.24 al artículo 42 de la Ley 715 de 2001, así:*
>
> *42.24. Financiar, verificar, controlar y pagar servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. La verificación, control y pago de las cuentas que soportan los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC de los afiliados al Régimen Subsidiado prestados a partir del 1 de enero de 2020 y siguientes, estará a cargo de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), de conformidad con los lineamientos que para el efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social.*

Si bien la ADRES es la encargada de garantizar al adecuado flujo de recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el anterior artículo se debe interpretar con el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado "**PRESUPUESTO MÁXIMO**", cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las EPS presten los servicios de salud de manera integral:

---

[1] Folio 9 y 10 de la contestación del ADRES.

> ***ARTÍCULO 240. EFICIENCIA DEL GASTO ASOCIADO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON CARGO A LOS RECURSOS DE LA UPC.*** *Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).* ***El techo o presupuesto máximo anual*** *por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.*
>
> *En todo caso, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que este requiera. La ADRES ajustará sus procesos administrativos, operativos, de verificación, control y auditoría para efectos de implementar lo previsto en este artículo.*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *Las EPS podrán implementar mecanismos financieros y de seguros para mitigar el riesgo asociado a la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC.*

Finalmente, solicita se desvincule a la entidad a la que representa y se deniegue cualquier solicitud dirigida a realizar recobro por parte de la EPS; en caso de acceder al amparo solicitado no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades que se compruebe la vulneración de derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

PRUEBAS

Con el escrito de tutela, **la parte accionante** aportó ordenes médicas, copia exámenes médicos, autorización de servicios, fallo terapéutico 6 de julio de 2022, formulas medicas del 7 de octubre de 2022 y fallo terapéutico de la misma fecha.

Por su parte, **la accionada Sanitas EPS,** no allegó soporte alguno, **Droguerías y Farmacias Cruz Verde SAS** remitió correos electrónicos con la accionante, alcance a la contestación, soporte de entrega, e imagen de entrega de medicamentos. **IPS Roosevelt** allegó certificado de existencia y representación, la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** remite poder.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los Decretos 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse las accionadas de entidades con las cuales la accionante generó un vínculo, siendo fuente de la supuesta vulneración a los derechos fundamentales salud, consagrados en la Constitución Política.

Frente al factor territorial se tiene que la dirección de ubicación de la accionante es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del *sub exámine*

El artículo 86 de la Carta Política el que señala que:

> *"Toda persona tendrá acción de tutela 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.*
>
> *La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*
>
> *Esta acción solo 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.*
>
> *En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*
>
> *La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."*

Dignidad Humana

La dignidad humana puede ser entendida bajo los siguientes lineamientos, como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características, como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, y como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral, lo que evoca a pensar que no solo es un derecho fundamental sino que es un principio fundante del ordenamiento jurídico y que por tanto del Estado debe respetar este merecimiento a toda persona por el hecho de ser tal.

Vida

El derecho a la vida no significa la simple posibilidad de existir, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, compromete el derecho. Aunado a lo anterior el derecho a la vida no es un concepto restrictivo, por lo tanto no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, "*cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna*"[2].

Salud

Se anota que la Corte Constitucional ha desarrollado el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, haciéndolo un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales[3]; de igual forma el Juzgado anota que el derecho a la salud es una garantía de carácter prestacional, que se convierte en un derecho fundamental y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.

Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar que:

La Constitución Política de Colombia consagra el Derecho fundamental a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso en cuanto a prevención, protección y atención en salud se refiere; todo ello acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En consecuencia, el Estado debe procurar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud que requieran, pues ello asegura una calidad de vida digna, teniendo en cuenta que la salud es el instrumento mediante el cual los seres humanos pueden desarrollarse, pues sin ella, sería imposible ejercer a plenitud los demás derechos fundamentales[4].

El derecho a la salud ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, cuando existe conflicto acerca de la forma en que debe asimilarse su protección. Anteriormente, la Corte aplicaba la tesis de conexidad, en donde el derecho de carácter prestacional, que pretende protegerse por vía de tutela, debe tener una inescindible relación con un derecho fundamental, particularmente la vida digna.

---

[2] Sentencia T-416/01, Expediente T-432703, Magistrado Ponente: Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil uno (2001).
[3] Sentencia T-001/18, Expediente T-6.265.689, Magistrada Ponente: Cristina Pardo, Bogotá D.C., Quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018).
[4] La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que "la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos" (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

De otro lado con posterioridad, adoptó la tesis según la cual un derecho es fundamental de manera autónoma cuando el fin es garantizar la salud de sujetos de especial protección como los menores de edad, los desplazados y los adultos mayores. En efecto, estos postulados no necesariamente conllevan a delimitar si el derecho a la salud es de carácter fundamental o no, sino a la manera en que debe lograrse su realización en la práctica. En la sentencia T-760 de 2.008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esa corporación ha establecido sobre el derecho a la salud; en esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

> *"Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo."*

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que los derechos de contenido prestacional, en especial a la seguridad social en salud, se le puede reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando:

i) *Se trata de un sujeto de especial protección constitucional,*

ii) *Porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o*

iii) *Porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales.*[5]

Por otra parte, frente al carácter de fundamental que puede adquirir el derecho a la salud, cuando se encuentra en íntima relación con uno, que por sí solo, es fundamental, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

> *"[l]a prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al*

[5] Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

> *sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez Constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.*

Con todo, actualmente, la Corte ha optado por dejar atrás la tesis de conexidad y adoptar de manera definitiva el criterio según el cual el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, todo ello por cuanto consideró que en sí mismo, exigir tal conexidad resultaba "artificioso" ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre *"un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental"*[6]

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, esta Corporación también consideró necesario determinar que en ciertos casos la tutela es el mecanismo apropiado para garantizar este derecho cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección. Al respecto la jurisprudencia constitucional puntualizó lo siguiente:

> *"Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho."*

La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas. En este sentido se ha indicado que el derecho a la salud comprende 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. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere

[6] Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que:

i) La falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

ii) El servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

iii) El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y

iv) El servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante del paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente.

El carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, al reiterar que el ordenamiento garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana. La Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, el médico tratante.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que:

> *"…(i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un*

> *determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio"*[7]

El alto Tribunal ha señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud.

No obstante, dado que, bajo la regulación actual, la manera de acceso a los servicios de salud sigue dependiendo, en principio, de si el servicio requerido se encuentra o no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud al cual la persona tiene derecho, la Resolución 3099 de 2008 establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación.

Es decir, que actualmente la normativa en materia de salud le otorga al CTC la facultad para determinar si autoriza o no un servicio de salud no POS ordenado por el médico tratante, de acuerdo con unos criterios y un procedimiento previamente establecido. Sin embargo, han dejado claro a través de la jurisprudencia que:

> *"El Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura y a las funciones que desempeña, y por lo tanto ha precisado que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y que su concepto no es un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente"*[8]

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro galeno no es suficiente, la base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. El dictamen del profesional de la medicina tratante, respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente[9].

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **Sanitas EPS,** vulnera los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal consagrados en la Constitución Política, de **Ana Edilia Mora Arévalo,** debido a que

---

[7] Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.
[8] Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo
[9] Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

no se ha hecho entrega de los medicamentos formulados por su médico tratante, alginato sodio + bicarbonato sodio + carbonato calcio)5+2.13+2.25) g/100 ml suspensión oral **Galviscon** 10 cc cada 8 horas y pantoprazol 40 mg **Segregam.**

De conformidad con los anteriores postulados, procede el Despacho a analizar el caso objeto de estudio.

EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Obra en el expediente que la señora **Ana Edilia Mora Arévalo** se encuentra afiliada a **Sanitas EPS,** como independiente, es una mujer de 61 de años, con padecimientos médicos: "*enfermedad de reflujo gastroesofágico, con esofagitis, gastritis crónica y atrófica y osteoporosis",* obran ordenes médicas para el suministro de medicamentos con fecha **7 de octubre de 2022**

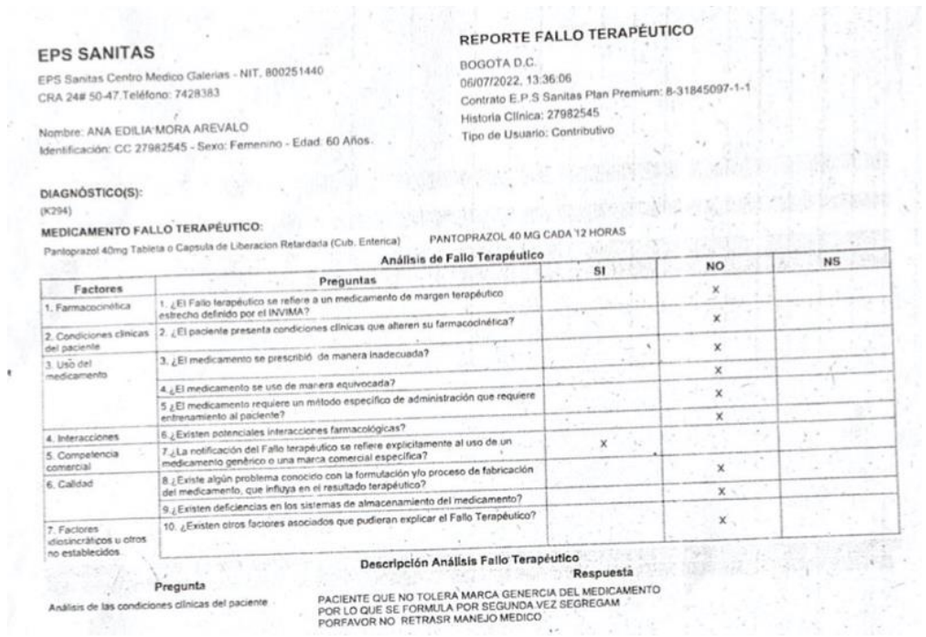
ESTOS MEDICAMENTOS NO REQUIEREN DE AUTORIZACIÓN SI USTED ES USUARIO DE EPS SANITAS

No.	Medicamento y Prescripción	Cantidad total	Entregas
1	**Alginato sodio + Bicarbonato sodio + Carbonato calcio (5 + 2.13 + 3.25)g/100mL Susp Oral** Tomar (via Oral) 10 mL cada 8 hora(s) por 90 dia(s). Galviscon	2700 (dos mil setecientos) mL	3

ESTOS MEDICAMENTOS NO REQUIEREN DE AUTORIZACIÓN SI USTED ES USUARIO DE EPS SANITAS

No.	Medicamento y Prescripción	Cantidad total	Entregas
1	**Pantoprazol 40mg Tableta o Capsula de Liberacion Retardada (Cub. Enterica)** Tomar (via Oral) 1 tableta cada 12 hora(s) por 90 dia(s). SEGREGAM	180 (ciento ochenta) tableta	3

La actora informa que se le ha negado la entrega de los medicamentos que requiere en presentación comercial pues la presentación genérica no es tolerada por la paciente:



EPS SANITAS
EPS Sanitas Centro Medico Galerias - NIT. 800251440
CRA 24# 50-47.Teléfono: 7428383

Nombre: ANA EDILIA MORA AREVALO
Identificación: CC 27982545 - Sexo: Femenino - Edad: 60 Años

REPORTE FALLO TERAPÉUTICO
BOGOTA D.C.
06/07/2022, 13:36:06
Contrato E.P.S Sanitas Plan Premium: 8-31845097-1-1
Historia Clínica: 27982545
Tipo de Usuario: Contributivo

DIAGNÓSTICO(S):
(K294)

MEDICAMENTO FALLO TERAPÉUTICO:
Pantoprazol 40mg Tableta o Capsula de Liberacion Retardada (Cub. Enterica) PANTOPRAZOL 40 MG CADA 12 HORAS

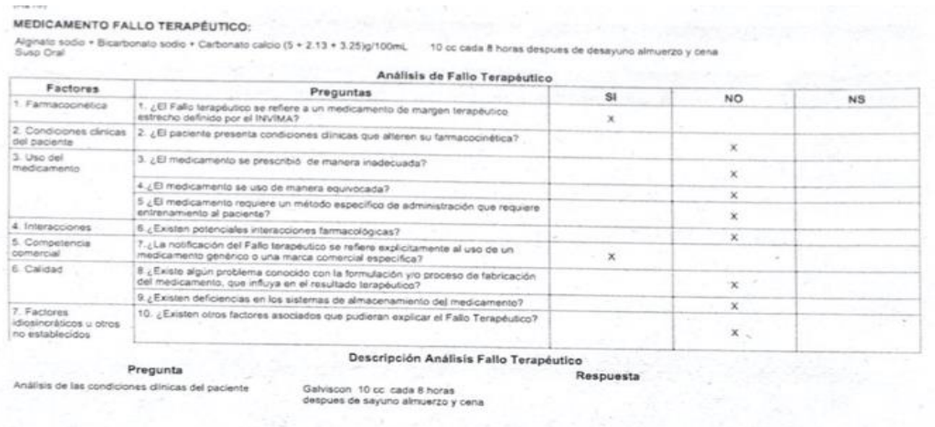
Análisis de Fallo Terapéutico

Factores	Preguntas	SI	NO	NS
1. Farmacocinética	1. ¿El Fallo terapéutico se refiere a un medicamento de margen terapéutico estrecho definido por el INVIMA?		X	
2. Condiciones clínicas del paciente	2. ¿El paciente presenta condiciones clínicas que alteren su farmacocinética?		X	
3. Uso del medicamento	3. ¿El medicamento se prescribió de manera inadecuada?		X	
	4. ¿El medicamento se uso de manera equivocada?		X	
	5 ¿El medicamento requiere un método específico de administración que requiere entrenamiento al paciente?		X	
4. Interacciones	6. ¿Existen potenciales interacciones farmacológicas?		X	
5. Competencia comercial	7. ¿La notificación del Fallo terapéutico se refiere explícitamente al uso de un medicamento genérico o una marca comercial específica?	X		
6. Calidad	8. ¿Existe algún problema conocido con la formulación y/o proceso de fabricación del medicamento, que influya en el resultado terapéutico?		X	
	9. ¿Existen deficiencias en los sistemas de almacenamiento del medicamento?		X	
7. Factores idiosincráticos u otros no establecidos	10. ¿Existen otros factores asociados que pudieran explicar el Fallo Terapéutico?		X	

Descripción Análisis Fallo Terapéutico

Pregunta	Respuesta
Análisis de las condiciones clínicas del paciente	PACIENTE QUE NO TOLERA MARCA GENERCIA DEL MEDICAMENTO POR LO QUE SE FORMULA POR SEGUNDA VEZ SEGREGAM PORFAVOR NO RETRASR MANEJO MEDICO

(Soportes obtenido de las pruebas allegadas por la accionante)



MEDICAMENTO FALLO TERAPÉUTICO:
Alginato sodio + Bicarbonato sodio + Carbonato calcio (5 + 2.13 + 3.25)g/100mL Susp Oral 10 cc cada 8 horas despues de desayuno almuerzo y cena

Análisis de Fallo Terapéutico

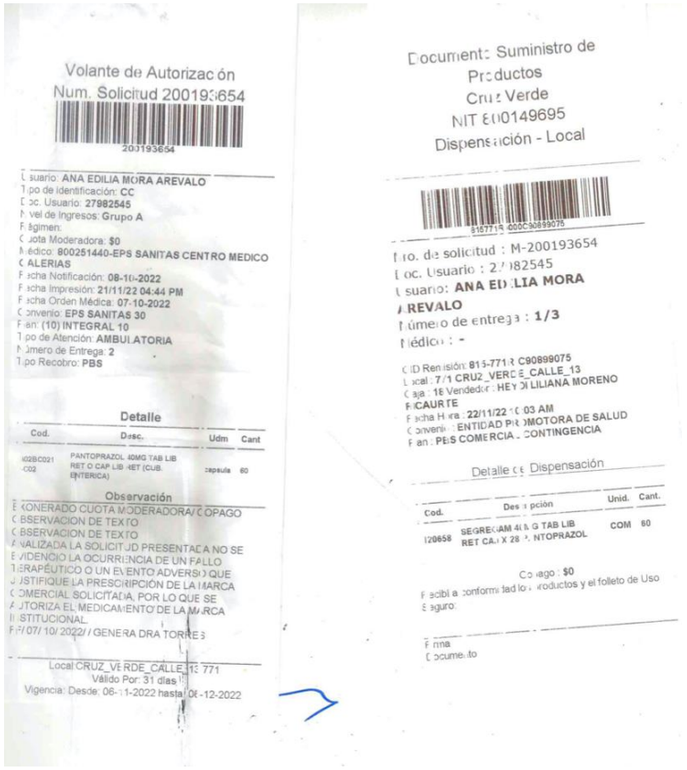
Factores	Preguntas	SI	NO	NS
1. Farmacocinética	1. ¿El Fallo terapéutico se refiere a un medicamento de margen terapéutico estrecho definido por el INVIMA?	X		
2. Condiciones clínicas del paciente	2. ¿El paciente presenta condiciones clínicas que alteren su farmacocinética?		X	
3. Uso del medicamento	3. ¿El medicamento se prescribió de manera inadecuada?		X	
	4. ¿El medicamento se uso de manera equivocada?		X	
	5 ¿El medicamento requiere un método específico de administración que requiere entrenamiento al paciente?		X	
4. Interacciones	6. ¿Existen potenciales interacciones farmacológicas?		X	
5. Competencia comercial	7. ¿La notificación del Fallo terapéutico se refiere explícitamente al uso de un medicamento genérico o una marca comercial específica?	X		
6. Calidad	8. ¿Existe algún problema conocido con la formulación y/o proceso de fabricación del medicamento, que influya en el resultado terapéutico?		X	
	9. ¿Existen deficiencias en los sistemas de almacenamiento del medicamento?		X	
7. Factores idiosincráticos u otros no establecidos	10. ¿Existen otros factores asociados que pudieran explicar el Fallo Terapéutico?		X	

Descripción Análisis Fallo Terapéutico

Pregunta	Respuesta
Análisis de las condiciones clínicas del paciente	Galviscon 10 cc cada 8 horas despues de sayuno almuerzo y cena

Por su parte, **Sanitas EPS** manifestó que requirió información a la **IPS Farmacias y Droguerías Cruz Verde SAS** y se encuentra a la espera de información sobre a entrega de los medicamentos ordenados a la paciente, asimismo, informa que la EPS hace entrega de medicamentos genéricos pues estos son los que se encuentran cubiertos por la Unidad de Pago por Capitación- UPC, y en caso de requerir medicamentos comerciales estos deben ser adquiridos por la usuaria pues los mismos no se están cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud- PBS.

Por su parte, la **IPS Farmacias y Droguerías Cruz Verde SAS,** informa que se estaba gestionando todo lo concerniente a la entrega de los medicamentos autorizados por la **EPS Sanitas**, luego, el día **25 de noviembre** hogaño, allega alcance en el que manifiesta que se realizó la entrega de los medicamentos y que los mismos fueron recibidos por la usuaria, allegando soportes:



Volante de Autorización
Num. Solicitud 200193654
200193654

Usuario: ANA EDILIA MORA AREVALO
Tipo de identificación: CC
Doc. Usuario: 27982545
Nivel de Ingresos: Grupo A
Régimen:
Cuota Moderadora: $0
Médico: 800251440-EPS SANITAS CENTRO MEDICO CALERIAS
Fecha Notificación: 08-10-2022
Fecha Impresión: 21/11/22 04:44 PM
Fecha Orden Médica: 07-10-2022
Convenio: EPS SANITAS 30
Plan: (10) INTEGRAL 10
Tipo de Atención: AMBULATORIA
Número de Entrega: 2
Tipo Recobro: PBS

Detalle

Cod.	Desc.	Udm	Cant
02BC021 C02	PANTOPRAZOL 40MG TAB LIB RET O CAP LIB RET (CUB. ENTERICA)	capsula	60

Observación
EXONERADO CUOTA MODERADORA/ COPAGO
OBSERVACION DE TEXTO
OBSERVACION DE TEXTO
ANALIZADA LA SOLICITUD PRESENTADA NO SE EVIDENCIO LA OCURRENCIA DE UN FALLO TERAPÉUTICO O UN EVENTO ADVERSO QUE JUSTIFIQUE LA PRESCRIPCIÓN DE LA MARCA COMERCIAL SOLICITADA, POR LO QUE SE AUTORIZA EL MEDICAMENTO DE LA MARCA INSTITUCIONAL.
FF/ 07/ 10/ 2022/ / GENERA DRA TORRES

Local CRUZ_VERDE_CALLE_13 771
Válido Por: 31 días
Vigencia: Desde: 06-11-2022 hasta: 06-12-2022

Documento Suministro de Productos
Cruz Verde
NIT 800149695
Dispensación - Local

815771R 000C90899075

Nro. de solicitud : M-200193654
Doc. Usuario : 27982545
Usuario: ANA EDILIA MORA AREVALO
Número de entrega : 1/3
Médico : -

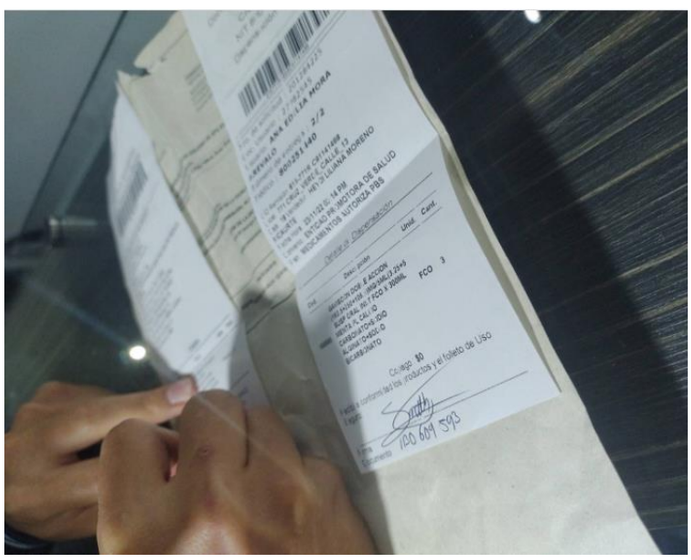
CID Remisión: 815-771R C90899075
Local : 7/1 CRUZ_VERDE_CALLE_13
Caja : 18 Vendedor : HEY DI LILIANA MORENO
FICAURTE
Fecha Hora : 22/11/22 10:03 AM
Convenio : ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD
Plan : PBS COMERCIAL CONTINGENCIA

Detalle de Dispensación

Cod.	Descripción	Unid.	Cant.
120658	SEGREGAM 40 MG TAB LIB RET CAP X 28 PANTOPRAZOL	COM	60

Copago : $0
Recibí a conformidad los productos y el folleto de Uso
Seguro:

Firma
Documento



Ahora bien verificados los soportes que obran en el expediente, se pudo validar que el medicamento que contiene fallo terapéutico es el ya mencionado **Segregam** del cual se verifica en los soportes remitidos por la **Farmacia Cruz Verde** fue entregado conforme la prescripción médica, por otra parte, con relación al medicamento **Galviscon** este no se registra con fallo terapéutico en el que se indique debe ser entregado de la marca comercial, esto es verificable en las pruebas aportadas por la misma accionante, en ese orden, el medicamento fue entregado a la actora según se observa de los anexos remitidos por la togada de la Farmacia vinculada, finalmente, este Despacho Judicial de manera oficiosa estableció comunicación con la accionante al abonado telefónico aportado en el escrito de tutela y se le indagó acerca de la entrega de los medicamentos pretendidos en este amparo, informado que en efecto, los mismos ya habían sido entregados en su lugar de residencia.

Es por lo previamente señalado, que se observa un **HECHO SUPERADO**, como quiera que, si no se habían entregado los medicamentos ordenados el **7 de octubre de 2022,** esto se dio en el desarrollo de esta tutela; y **Sanitas EPS** junto con la **Farmacia Cruz Verde SAS,** procedieron a entregar los medicamentos a la actora, además se cuenta con el soporte de entrega de los mismos, razón por la cual no existe amenaza a los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal, toda vez que el objeto de esta acción era la entrega de los medicamentos ordenados a la actora.

En reciente pronunciamiento, mediante la Sentencia T- 439 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, se puntualizó respecto al marco conceptual del Hecho Superado:

> *i)* *El hecho superado sólo puede producirse de manera previa al proferimiento de una sentencia que ampare el derecho fundamental invocado para su protección.*
>
> *ii)* *Los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato, sin perjuicio de que hayan sido impugnados, conforme a lo prescrito en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Razón por la cual, no constituye hecho superado, sino un simple cumplimiento de sentencia, la conducta que acata la orden impartida por el juez de primera instancia en procura de amparar derechos fundamentales.*
>
> *iii)* *Por lo tanto, en las circunstancias descritas en el párrafo precedente, el ad quem no podría declarar el acaecimiento de un hecho superado, encontrándose limitado a confirmar o infirmar la providencia del a quo.*
>
> *iv)* *Es preciso reiterar que el "hecho superado" sólo se produce cuando las acciones u omisiones del accionado satisfacen íntegramente el derecho fundamental del cual se adujo una vulneración.*
>
> *v)* *Por consiguiente, dicha hipótesis no puede predicarse respecto de derechos fundamentales cuyo resarcimiento dependa de conductas que deban prolongarse en el tiempo, superando el lapso procesal de la tutela. Ello, por cuanto a que, en tal circunstancia, al finalizar el trámite constitucional, no se habría satisfecho aun plenamente el derecho invocado y se impediría al accionante ejercer los incidentes de desacato que fueren pertinentes, en caso de que el accionado reincidiera en la conducta vulneratoria alegada*

en la tutela.

Quiere decir lo anterior que actualmente no existe una orden que impartir para procurar la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas e integridad personal de la parte accionante, en contra de **Sanitas EPS** razón por la cual se ha de declarar la no prosperidad de la acción de tutela.

Frente a la solicitud elevada por la **EPS Sanitas** que se ordene a la **ADRES** y/ o al Ministerio de la Protección Social el reembolso del 100% de los dineros que se deban asumir por servicios no cubiertos por el PBS, se debe informar que en el presente caso no se observa que los servicios requeridos por la señora **Ana Mora** se encuentren excluido del Plan de Beneficios en Salud, incluso se cuenta con la autorización de los medicamentos ordenados por el medico tratante.

De esta misma manera, se ordenará desvincular a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, Instituto Roosevelt** y a la **IPS Gastricare** por cuanto no han vulnerado derechos fundamentales de la parte accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por **Ana Edilia Mora Arévalo** en contra de **Sanitas EPS,** por constituir la acción un hecho superado frente a los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas e integridad personal pues, ya fueron entregados los medicamentos ordenados el pasado **7 de octubre de 2022**.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, Instituto Roosevelt** y a la **IPS Gastricare,** conforme se puso de presente en párrafos precedentes.

TERCERO: INFORMAR a la parte accionante y a la parte accionada que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión sea remitida la actuación de copias, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: ARCHIVAR el expediente, una vez la H. Corte Constitucional decida sobre su revisión, dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Radicación: *No. 2022-192*
Accionante: *Ana Edilia Mora Arévalo*
Accionado: *Sanitas EPS*
Decisión: *No tutelar – Hecho superado.*

Firmado Por:
Omar Leonardo Beltran Castillo
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Penal 74 Control De Garantías
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0cbd1b05cc9c43ceb312d3b302479ca8473e2abb4b9d1208c981bb5e99ccac3e**
Documento generado en 01/12/2022 12:46:37 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica