

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Bogotá DC, 12 de diciembre de 2022

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación:	No. 2022-203
Accionante:	Martha Idalides Galván Liévano
Accionada:	Famisanar EPS
Decisión:	Concede tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **Martha Idalides Galván Liévano** quien actúa a través de apoderado judicial, en contra de **Famisanar EPS**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la salud y a la vida consagrados en la Constitución Política.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Señala que fue diagnosticada con dolor crónico, fibromialgia y lumbago no especificado, por tal razón se le ordenó como tratamiento el suministro continuo del medicamento Cannabidol 100 mg/ml emulsión oral de uso sublingual, cantidad ordenada por un mes: dos frascos por 50 ml. Este medicamento venía siendo suministrado por la **IPS Zerenia SAS** sin ningún inconveniente hasta el mes de **octubre de 2022**.
2. En los últimos meses, **septiembre, octubre y noviembre** la **EPS Famisanar** le negó la entrega del medicamento manifestando que el mismo no se encontraba aprobado por el **Invima**, desde entonces ha elevado derechos de petición solicitando la entrega del medicamento, sin embargo, se lo han negado una y otra vez, razón por la cual se están vulnerado sus derechos fundamentales, pues no se tiene en consideración el diagnóstico que padece de dolor crónico y del tratamiento que se le ha venido brindando por parte de su médico tratante.

PRETENSIONES

La accionante **Martha Idalides Galván Liévano** actuando a través de apoderado judicial, peticiona le sean amparados los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida consagrados en la Constitución Política; de igual forma se

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

peticiona que se ordene a la **Famisanar EPS**, autorizar y entregar el medicamento de CANNABIDIOL 100 mg/mL 10% EMULSIÓN ORAL DE USO SUBLINGUAL, cada vez que el médico tratante lo ordene, de esta misma manera, solicita que sean entregados todos los servicios, insumos y medicamentos ordenados por el medico tratante de manera integral con el fin de mejorar su calidad de vida y la salud del paciente.

MEDIDA PROVISIONAL

El día **29 de noviembre de 2022**, fecha en que fue asignada esta tutela al Despacho se solicitó medida provisional, así: *“ORDENAR a la EPS FAMISANAR que sea suministrado el medicamento CANNABIDIOL 100 mg/mL 10% EMULSIÓN ORAL DE USO SUBLINGUAL”*

En la misma fecha, este Despacho mediante auto resolvió:

(...)

1. **NO DECRETAR**, la medida provisional solicitada, en razón a que la misma está dirigida a que la entidad accionada **EPS Famisanar** entregue los medicamentos ordenados, sin embargo, se hace notar que, de los anexos allegados, no se verifica 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.” (...)

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Famisanar EPS

La directora de Gestión de riesgo poblacional de **EPS Famisanar SAS** delegada para el cumplimiento de fallos de tutela, frente al caso puntual informa que frente al medicamento solicitado se trata de un extracto botánico y no a una fórmula magistral elaborada a partir de un medicamento debidamente aprobado por el **Invima**, es decir, que no se cumple con lo establecido en la Ley 1751 de 2015. Refiere que este medicamento no está aprobado por el **Invima** teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por el **Ministerio de Salud**:

En Colombia sólo se encuentran dos medicamentos autorizados por el INVIMA para comercialización a nivel nacional, de la siguiente forma:

1. **DELTA-9-TETRAHIDROCANNABINOL (THC) + CANNABIDIOL** (27 mg+ 25 mg/ml) Solución bucal.
2. **CANNABIDIOL 10% Solución oral**. Sobre la financiación con recursos de la UPC.

La Resolución 2292 de 2021, mediante la cual se define la financiación de servicios y tecnologías en salud con cargo a la unidad de pago por Capitación UPC, señala para preparaciones magistrales:

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

“Artículo 43. Fórmulas magistrales. Las formulaciones magistrales preparadas a partir de los medicamentos financiados con recursos de la UPC se consideran igualmente financiadas con recursos de la UPC y deberán ser garantizadas por las EPS o las entidades que hagan sus veces.”

De acuerdo con el registro sanitario los medicamentos antes descritos, pueden ser entregados a pacientes que presenten síntomas como espasticidad moderada o grave debido a la esclerosis múltiple que no han respondido de forma adecuada a otros medicamentos, es decir, que este tipo de medicamentos solo pueden ser ordenados a pacientes que cumplan con las anteriores indicaciones. De esta misma manera, ni los productos Fitoterapéuticos ni los homeopáticos se encuentran financiados con recursos de la UPC ya que no se encuentran descritos en ninguno de los anexos de la Resolución 2292 de 2021. Por otra parte y teniendo en cuenta la definición de Tecnología en Salud incluida en la Resolución 1885 de 2018 o la Resolución 2438 de 2018, el Comité de Coordinación de MIPRES creado en la Resolución 737 de 2019, determinó que los Productos Fitoterapéuticos (PF) o los Homeopáticos dado que no están registrados ante la autoridad sanitarios como medicamentos, no se encuentran incluidos en dicha definición, por tanto no es posible la inclusión de estos productos en la herramienta tecnológica **MIPRES** y tampoco su financiación con recursos de Presupuestos máximos.

Señala que las preparaciones magistrales se financian con la UPC o con presupuesto máximo solo en aquellos casos donde se fabrican a partir de medicamentos financiados por alguno de estos dos servicios que no se encuentran dentro del ámbito de la salud, servicios que por sí mismos no son instrumentos de carácter terapéutico para superar una patología y ni siquiera guardan relación con los principios de conexidad y finalidad con la patología base del usuario, como los aquí pretendido por la accionante.

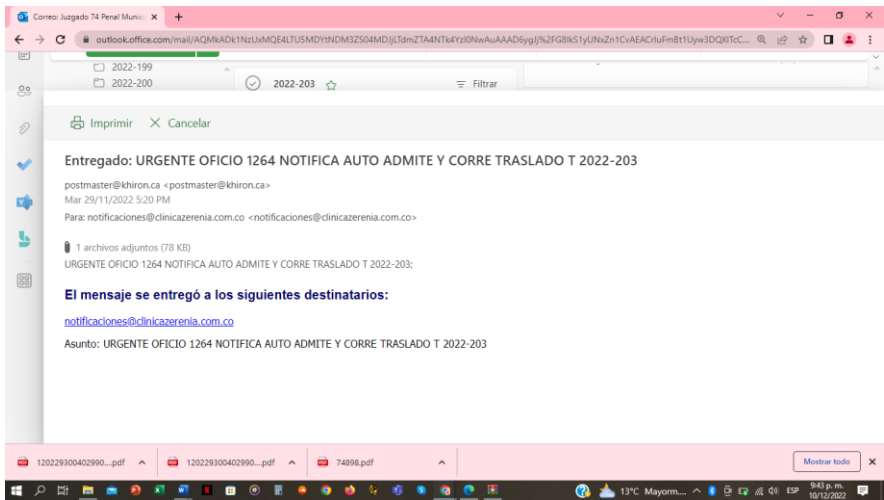
Por todo lo anterior, a la actora le han sido suministrados los servicios y medicamentos que ha requerido, es decir que la **EPS Famisanar** ha cumplido de manera eficaz las disposiciones legales y normativas, conforme al marco legal vigente, concluyendo de esta manera que se configura una carencia actual de objeto, en la medida en que la situación de hecho que aparentemente motivó esta acción de tutela, en consecuencia, ante la ausencia de violación de derechos fundamentales deberá denegarse y declararse la improcedencia del amparo deprecado.

RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES VINCULADAS

IPS Instituto Latinoamericano de Neurología y sistema nervioso. ILANS SAS – Zerenia SAS.

A la empresa en mención se le corrió traslado de esta acción de tutela mediante **oficio No 1264** el día **29 de noviembre de 2022** al correo electrónico notificaciones@clinicazerenia.com.co, sin embargo, a la fecha no se allegó informe alguno:

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela



Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA

La jefe de la oficina de asesoría jurídica de la institución vinculada informa que, la misión de la entidad es la de promover y proteger la salud pública en Colombia, ejerciendo inspección, vigilancia y control sanitario de carácter técnico y científico sobre los productos de su competencia, frente al medicamento solicitado en esta acción de tutela, refiere que este corresponde a una preparación magistral, la cual se trata de una preparación elaborada por un establecimiento farmacéutico con el fin de atender una prescripción médica de un paciente individual, que requiere de algún tipo de intervención de variada complejidad y que de acuerdo y 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 expedida por el **Ministerio de Salud y Protección social** en esa materia, estos establecimientos deberán tener el certificado de cumplimiento de buena práctica 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.

Informan además que las indicaciones de la preparación magistral en referencia para la patología padecida por la paciente **Martha Idalides Galván Liévano**, de **DOLOR CRONICO, FRIBROMIALGÍA Y LUMBAGO**, 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-Tetrahidrocannabinol (THC), Cannabidol (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.

Por otra parte, señala que son las EPS quienes deben garantizar la prestación de los servicios de salud que les sean ordenados a sus afiliados, organizando y garantizando de manera directa o indirectamente la prestación del Plan de Salud Obligatorio, suministrando un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico -quirúrgica y medicamentos esenciales. Bajo estos

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

presupuestos considera que esta tutela es improcedente respecto de su representada por configurarse una falta de legitimación en la causa por pasiva, en consecuencia, solicita su desvinculación del presente amparo.

Ministerio de Salud y Protección Social

La representante del ente ministerial vinculado informa que, a la sociedad Khiron Colombia SAS mediante resolución 326 de 2020 le fue ampliada la inscripción ante el Fondo Nacional de Estupefacientes – FNE con el objeto de incluir a la sociedad Bio Vie SAS como establecimiento farmacéutico certificado en BPE, para elaboración, envase y empaque de preparaciones magistrales fiscalizadas a base de derivados de cannabis.

Refiere que este tipo de medicamentos si bien no se encuentran financiados por medio de la Unidad de Pago por Capitación, cuando se prescriben este tipo de servicios complementarios en el marco de las obligaciones contractuales de las EPS estas pueden utilizar la herramienta de tecnología dispuesta por el Ministerio de Salud, como es la herramienta tecnológica MIPRES por medio de la cual los profesionales de la salud pueden prescribir servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, con cargo a la UPC; dentro de este grupo de prestaciones, se encuentran los servicios complementarios, los de soporte nutricional y los medicamentos cuya indicación no cuentan con registro sanitario del Invima y que hacen parte de los soportes contruidos con información reportada por las sociedades científicas o que estén incluidas en el listado de usos no incluidos en el Registro Sanitario – UNIRS.

Así las cosas es la EPS quien debe garantizar el suministro oportuno a través de su red de prestadores de servicios de salud o proveedores, donde se definan las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, siendo estas entidades quienes verifiquen de manera periódica que la prescripción se ha efectuado por un profesional de la salud, evitar duplicidad, garantizar controles de seguridad y efectividad de las prescripciones médicas y garantizar el suministro efectivo sin tramites adicionales.

En lo que tiene que ver con el medicamento ordenado y que se solicita a través de esta acción de tutela refiere que el acceso de los pacientes a productos farmacéuticos derivados del cannabis puede realizarse a través de fórmulas magistrales, las cuales deberán sujetarse a las disposiciones contenidas principalmente en el Decreto 2200 de 2005 el cual fue compilado en el Decreto 780 de 2016, Resoluciones 1403 de 2007 , 444 de 2008 y sus modificaciones, debiendo ser elaboradas en establecimientos farmacéuticos certificados en Buenas Prácticas de Elaboración por el Invima y la certificación de cumplimiento deberá tener el alcance específico para este tipo de preparaciones.

Particularmente la **EPS Famisanar S.A.S** se encuentra inscrita ante la U.A.E. Fondo Nacional de Estupefacientes bajo la Resolución N° 204 de 19 de abril de 2022 para realizar la dispensación de medicamentos de control especial a través de los convenios suscritos con COLSUBSIDO, CAFAM, MEDISFARMA Y AUDIFARMA. Dicha resolución fue ampliada bajo la Resolución N° 484 de 01 de septiembre de 2022 en la cual se incluyó el convenio con SOLINSA y se incorporaron más

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

establecimientos para los otros convenios. Bajo esta resolución se negó la dispensación de magistrales de control especial a base de derivados de cannabis a través de dichos convenios toda vez que ninguno de los contratos allegados se contemplan las magistrales a base de derivados de cannabis dentro de los anexos técnicos que hacen referencia al listado de medicamentos a dispensar, razón por la cual no está acreditada la vinculación contractual para la dispensación de los referidos medicamentos.

Expuesto lo anterior se realizan las siguientes precisiones:

- Se evidencia de acuerdo la documentación que la prescripción corresponde a una preparación magistral de CANNABIDIOL 30 MG/1ML/, por lo tanto, tal como se mencionó anteriormente es responsabilidad de la EPS y de la IPS garantizar el suministro oportuno de la tecnología en salud no financiada con recursos de la UPC prescrita por el profesional de la salud a través de su red de prestadores, sin interponer ningún tipo de barreras evitando que los usuarios lleguen a instancias judiciales.
- Adicionalmente, respecto del suministro de medicamentos derivados del cannabis, se deberá garantizar que:
- Los medicamentos, productos fitoterapéuticos y fórmulas magistrales cumplan lo dispuesto en el marco normativo que regula las actividades de fabricación, almacenamiento, comercialización, distribución y dispensación de las preparaciones farmacéuticas so pena de medidas sanitarias que podrán adoptar las autoridades sanitarias para la protección y garantía de la salud de la comunidad, cuando se configure la ocurrencia de conductas violatorias de las normas sanitarias, como la comercialización de productos fraudulentos los cuales pueden poner en riesgo la salud del consumidor. En este sentido se precisa que, los medicamentos y productos fitoterapéuticos deberán contar con el registro sanitario emitido por el Invima de tal forma que se garantice su calidad, seguridad y eficacia; mientras que las fórmulas magistrales no requieren registro sanitario.
- Los establecimientos farmacéuticos de los que se obtengan fórmulas magistrales cuenten con certificación vigente de cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración emitida por el Invima, y en caso de que se empleen sustancias sometidas a fiscalización, los establecimientos farmacéuticos deberán encontrarse además inscritos ante el FNE.

Por todo lo expuesto, considera que no está legitimada en la causa por pasiva, y en caso de que se ordene la entrega del medicamento se conmine a la EPS accionada a la adecuada prestación de los servicios de salud conforme a sus obligaciones siempre y cuando no se trate de servicios expresamente excluidos por el Ministerio que representa.

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

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

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 transferido 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

¹ Folio 9 y 10 de la contestación del ADRES.

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

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:

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

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

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.

Superintendencia Nacional de Salud

La subdirectora técnica de la entidad en mención informa que carece de legitimación en la causa por pasiva por cuanto se solicita la prestación de servicios médicos que deberán ser suministrados por la EPS a la cual se encuentra afiliada la accionante, además resalta que no existe un nexo de causalidad entre la presunta violación de los derechos fundamentales invocados por la accionante y la **Superintendencia Nacional de Salud**, ya que sus funciones solo radican en la inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad social en Salud de conformidad con la Ley 1122 de 2007, así también refiere que la entidad no es el superior jerárquico de las EPS, pues solo se dedica a realizar averiguaciones con el fin de sancionar los incumplimientos de las entidades vigiladas mediante el agotamiento de un proceso administrativo, actuando en ejercicio de las facultades que le han sido asignadas por la Ley.

Señalan que prevalece el criterio del médico tratante en los conflictos entre este y la EPS accionada, por cuanto la decisión de ordenar por parte de su médico tratante obedece a la enfermedad o síntomas que padece el paciente, a la formación y conocimiento del galeno, de conformidad con la Ley 1438 de 2011 que menciona sobre la autonomía de los profesionales de la salud, así las cosas, en el evento en que el médico tratante considere que los servicios ordenados se ajustan a la necesidad del paciente, la EPS accionada se encuentra en la obligación de garantizar el servicio bajo estándares de oportunidad, accesibilidad y eficiencia, en los términos y para los efectos de las normas antes trascritas, por lo anterior, considera relevante mencionar la prohibición de imponer trabas administrativas que impidan el acceso efectivo a los servicios de salud, tanto la red prestadora de salud, encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados de una EPS del régimen contributivo como la propia EPS, entidad encargada de administrar y velar por que los recursos destinados a la salud de los cotizantes al régimen contributivo cumplan con su finalidad de garantizar el derecho a la salud de toda la población afiliada a dicho régimen.

De otro lado, respecto a la atención y tratamiento integral que requiera el paciente, es menester precisar que su autorización debe ser sustentada en ordenes emitidas por el médico tratante, pues corresponde a aquel determinar el destino, el plan de

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

manejo a seguir, y la prioridad del mismo, teniendo como fundamento las condiciones de salud del paciente, por ser quien posee el conocimiento técnico científico y la experticia necesaria para decidir el tratamiento, de conformidad con lo establecido en la Ley 23 de 1981, mediante la cual se dictaron normas en materia de ética médica y los artículos 104 y 105 de la Ley 1438 de 2011, los cuales versan sobre la autonomía y la autorregulación de los profesionales de la salud, por lo que se sugiere muy respetuosamente que se solicite al médico tratante de dicho paciente, cuál es el tratamiento que requiere para el manejo de la enfermedad que padece.

Finalmente, señala que son las EPS quienes tienen a su cargo garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, así las cosas, solicita se declare la inexistencia de nexo de causalidad y falta de legitimación en la causa por pasiva y su desvinculación de este amparo constitucional.

PRUEBAS

Con el escrito de tutela, **la parte accionante Martha Idalides Galván Liévano**, allegó formula medica con fecha 28 de septiembre, historia clínica, formula del 2 de noviembre de 2022, copia de derecho de petición y respuesta **EPS Famisanar**.

Por su parte **la accionada Famisanar EPS, el Ministerio de Salud, y el ADRES** no allegaron ningún soporte probatorio. El **Invima** allegó anexos como Resolución 2012030801 del 19 de octubre de 2012 Resolución 2021046294 de 15 de octubre de 2021 Acta 064 de 2021. La **Superintendencia Nacional de Salud** allegó copia de la Resolución No. 202180200132876 del 2021 y copia del Acta de Posesión No. 133 del 2021.

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 la parte accionada de una entidad con la cual la parte accionante genero un vínculo, siendo fuente de la supuesta vulneración al derecho fundamental a la salud consagrado en la Constitución Política.

Frente al factor territorial se tiene que la accionante y la accionada, tienen su domicilio en la ciudad de Bogotá, y es en esta misma ciudad donde tienen concurrencia 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,

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

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.”

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 fundamentales²; 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:

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 fundamentales³.

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,

² 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).

³ 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).

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

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. De otro lado con posterioridad, la Corte 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.⁴*

⁴ Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

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 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 “artificial” 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”⁵

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

⁵ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

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 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:

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

“(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”⁶

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”⁷

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 paciente⁸.

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

⁶ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

⁷ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

⁸ 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.

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

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”*⁹.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **Famisanar EPS**, vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida consagrados en la Constitución Política de la señora **Martha Idalides Galván Liévano**, por la falta en el suministro de los medicamentos ordenados desde el año 2021 a la actora y que se dejaron de suministrar a partir del mes de septiembre de 2022 debido a que no se encuentran catalogados como medicamentos por parte del Invima.

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 **Martha Idalides Galván Liévano** se encuentra afiliada a **Famisanar EPS**, en el régimen contributivo como cotizante, con un diagnóstico: *“PACIENTE DE 64 AÑOS DE EDAD 1. DOLOR CRONICO 2. FIBROMIALGIA Y 3. LUMBAGO NO ESPECIFICADO*. Se informa por la accionante le fue ordenado tratamiento con *preparación magistral de extracto rico en Cannabidol (cbd) + Cannabidol 10% delta 9 tetrahidrocannabinol menos a 0.19 % -100 mg / ml CBD – Solución oral -100 mg/ml – titulación de la dosis de acuerdo con efecto terapéuticos, 1 mililitro cada 12 horas vía oral por 30 días, cantidad 2 frascos por 50 ml orden medica del 02-11-2022* (folio 8 de documentos denominado prueba). que el mencionado medicamento le estaba siendo suministrado sin inconveniente por parte de la **IPS Zerenia SAS**, y la **EPS Famisanar** a través de la plataforma MIPRES, pero que debido a trámites administrativos le fue negada la entrega del medicamento a partir del mes de **septiembre de 2022**, como respuesta a la

⁹ Sentencia T-416/01, Expediente T-432703, Magistrado Ponente: Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil uno (2001).

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

negativa de entrega del medicamento se argumenta que éste no cuenta con registro sanitario del **Invima** y no está aprobado por esta entidad.

Por su parte la **EPS** accionada informa, que este tipo de medicamentos que son ordenados a través de fórmulas magistrales, no cuentan con el registro sanitario expedido por el **INVIMA**, razón por la cual no es posible que su prestación se pueda incluir en la herramienta tecnológica MIPRES y tampoco su financiación con recursos de los presupuestos máximos, por otra parte, señalan que este tipo de medicamentos deben ser suministrados para el tratamiento de patologías específicas como síndrome de Lennox - gastaut, síndrome de dravet o para pacientes con esclerosis múltiple, patologías que no han sido diagnosticadas a la actora. No obstante, la EPS accionada no informa a esta Autoridad Judicial por qué razón antes si se estaba suministrando el medicamento prescrito a través de la herramienta tecnológica MIPRES y solo a partir del mes de **septiembre de 2022** se dejó de suministrar el mismo.

Por su parte el **Invima**, el **Ministerio de Salud y Protección social**, y la **Superintendencia Nacional de Salud** señalan que este tipo de medicamentos si pueden ser suministrados por instituciones que cuenten con la certificación de buenas practica emitida por el Fondo Nacional de Estupefacientes – FNE, para el caso concreto se ha informado por estas entidades vinculadas que tanto, la EPS **Famisanar** como la IPS a través del laboratorio **Bio vie SAS** cuentan con el certificado otorgado por la autoridad competente de ahí que en anteriores oportunidades se haya podido suministrar el mentado medicamento. De lo anterior, también se verifica que no existe ninguno de los presupuestos exigidos en la Ley Estatutaria de Salud Ley 1751 de 2015, para no realizar la entrega del medicamento, pues del material probatorio aportado por la accionante, se observa que se le ha venido autorizando y entregando en varias oportunidades este medicamento a través de la herramienta tecnología MIPRES, por lo que no tiene asidero la negativa de la entrega del mismo, pues véase como el tratamiento ordenado tiene como fundamento una su prescripción médica expedida por el galeno tratante y no puede ahora la EPS argumentar que el medicamento no se encuentra cubierto por el Plan de Beneficios en Salud, aunado a lo anterior, téngase presente que se trata de una persona de especial protección constitucional, pues se trata de una paciente de 64 años de edad que hace parte de la población denominada de la tercera edad, desconociendo principios como la continuidad y la integralidad de la prestación de los servicios de salud de la actora.

Ahora bien, este Estrado Judicial quiere traer a colación lo que se ha dicho sobre el concepto del principio de integralidad que reviste a todo el sistema de salud y el tratamiento integral ordenado por el Juez de tutela; en sentencia T- 513 de 2020, Magistrado Ponente José Fernando Reyes Cuartas, se indicó:

El principio de integralidad del sistema de salud fue establecido por el literal d) del artículo 2º de la Ley 100 de 1993 como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”*. Posteriormente, se reconoció en el artículo 8º de la Ley Estatutaria de Salud así:

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

“los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Este principio de integralidad se diferencia del tratamiento integral, en cuanto a que este último supone la atención ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad del usuario¹⁰, esto implica que el servicio de salud englobe de manera permanente la totalidad de los componentes que el médico tratante dicte necesarios ya sea para el pleno restablecimiento de la salud o para mitigar las dolencias que impidan mejorar las condiciones de vida de la persona.¹¹

En lo que respecta a la integralidad de la atención solicitada por la parte actora, debe indicarse que dicho principio inherente al Sistema de Salud, ha encontrado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional criterios puntuales que lo tornan en una obligación para la EPS, y en consecuencia, es su deber suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que el médico tratante considere necesarios para atender el estado de salud de la afiliada; esto acontece, cuando se trata de:

- i) Sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros).
- ii) Personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras).

Casos en los cuales debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas esté excluido de los planes obligatorios, sin embargo, como ya ha sido decantado en anterior oportunidad, los exámenes y procedimiento requeridos por la actora se encuentran incluidos en el PBS y aquellos que no hagan parte de la UPC han sido suministrados a través de la plataforma MIPRES por lo que es obligación de la **EPS Famisanar** garantizar su pronta y adecuada prestación. De acuerdo a las reglas jurisprudenciales esbozadas, encuentra este Despacho que la parte accionante se encuentra dentro de los supuestos fácticos que implicarían el otorgamiento de tratamiento integral por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional al ser una adulto mayor, pero el acceder a un tratamiento integral, es muy ambiguo, pues no se tiene certeza qué pueda ordenar a futuro el médico, y si dichos servicios serán negados, de ello no se tiene certeza, siendo necesario demostrar un riesgo o amenaza en concreto, por cuanto de tutelar un tratamiento o unos servicios que no ha sido negados aún, se estaría frente a una situación futura e incierta, recordando que este mecanismo está instituido para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales ante un hecho dañino, siendo desacertada la posibilidad de amparar derechos por circunstancias meramente hipotéticas. Por lo que el Despacho señala que solo

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T 259 de 2019

¹¹ Corte Constitucional Sentencia T 275 de 2020

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

requiere un concienzudo tratamiento y seguimiento médico, que puede ser brindado por la acá **EPS Famisanar**, por lo que **no se concedera** el tratamiento integral.

Por otra parte, la negativa del suministro del medicamento a partir de septiembre de 2022, radica en el hecho de que éste no se encuentra cubierto por el plan de beneficios en salud, por no tener registro sanitario del Invima y por tratarse de una fórmula magistral, es decir, que se elabora a partir de las indicaciones que de menara expresa señala el galeno en la formula emitida y con la cual se prepara el medicamento para cada paciente en específico, pues bien, sobre este particular la honorable Corte Constitucional indicó:

“se debe analizar si el derecho a la salud se encuentra comprometido ante tal negativa. En palabras de la Corte, “el derecho a la salud de una persona implica que se le garantice el acceso a un medicamento que requiere, así no cuente con registro del INVIMA, si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano”¹².

Por lo anterior, se considera que las órdenes del médico tratante, sin importar la fase de atención en salud, toman una connotación fundamental respecto del paciente, habida cuenta que se fundamenta en un criterio científico y objetivo del galeno para la protección del derecho a la salud, este aspecto cobra relevancia pues ha sido el tratamiento que se le ha venido suministrando a la señora **Martha Galván** para el tratamiento de sus patologías. Aunado a lo anterior, no se pueden ignorar entonces principios *pro homine* y de equidad enunciados en el artículo 6º de la Ley Estatutaria de salud, en la medida en que la accionada no interpretó la normatividad más favorable en defensa del derecho fundamental a la salud de su asegurada.

De conformidad con lo antes señalado, se evidencia que **Famisanar EPS**, transgrede los principios que irradian el sistema general de salud como, la integralidad, continuidad y solidaridad de la prestación de los servicios médicos ordenados a la señora **Martha Galván**, observándose la afectación de sus derechos fundamentales seguridad social, salud y a la vida, pues como se indicó en párrafos precedentes, para la prestación de los servicios médicos requeridos, debe mediar la orden medica correspondiente, así como su autorización para que la institución asignada pueda prestar de manera efectiva el servicio médico ordenado a la actora, en este caso es el suministro del medicamento que se le ha venido ordenando como tratamiento, pero que debido a trámites administrativos no se ha querido autorizar y entregar nuevamente el medicamento ordenado por el galeno tratante, siendo esta una obligación de la EPS.

Consecuente con lo manifestado el Despacho **tutelar** los derechos fundamentales a la seguridad social, salud y a la vida de la actora **Martha Idalides Galván Liévano**. De igual manera se **ordenará** a **Famisanar EPS**, para que **en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo** emita la autorización y se continúe con la entrega del medicamento como se ha venido haciendo para el tratamiento de las patólogas de la actora, así: *preparación*

¹² Corte Constitucional Sentencia T 243 de 2015

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

magistral de extracto rico en Cannabidol (cbd) + Cannabidol 10% delta 9 tetrahidrocannabinol menos a 0.19 % -100 mg / ml CBD – Solución oral -100 mg/ml – titulación de la dosis de acuerdo con efecto terapéuticos, 1 mililitro cada 12 horas vía oral por 30 días, cantidad 2 frascos por 50 ml orden medica del 2 de noviembre de 2022 y mientras se siga ordenando para su tratamiento. ello por cuanto no basta como argumento factico que el medicamento no hace parte del Plan de Beneficios en Salud, cuando el mismo se ha venido suministrando a través de la herramienta tecnológica MIPRES, y lo que realmente se requiere para la real salvaguarda del derecho acá incoado, es la real puesta en práctica de los tratamientos, procedimientos y citas con médicos especialistas ordenados por un profesional de la salud debidamente acreditado.

Del cumplimiento de esta decisión **Famisanar EPS**, informará al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

De esta misma manera, se ordenará desvincular a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, al **INVIMA**, al **Ministerio de Salud y de la Protección Social** y a la **Superintendencia Nacional de Salud**, por cuanto no se observa que estas entidades hayan vulnerado los derechos fundamentales deprecados por la parte accionante de acuerdo con la información allegada en su escrito de contestación.

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: TUTELAR los derechos fundamentales invocados por **Martha Idalides Galván Liévano** quien actúa través de apoderado judicial en contra de **Famisanar EPS**. En consecuencia, se **ORDENA** a **Famisanar EPS**, para que **en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo**, se emita la autorización y se continúe con la entrega del medicamento como se ha venido haciendo para el tratamiento de las patólogas de la actora, así: *preparación magistral de extracto rico en Cannabidol (cbd) + Cannabidol 10% delta 9 tetrahidrocannabinol menos a 0.19 % -100 mg / ml CBD – Solución oral -100 mg/ml – titulación de la dosis de acuerdo con efecto terapéuticos, 1 mililitro cada 12 horas vía oral por 30 días, cantidad 2 frascos por 50 ml orden medica del 2 de noviembre de 2022* y mientras se siga ordenando para su tratamiento.

SEGUNDO: ORDENAR a **Famisanar EPS**, informe al Juzgado del cumplimiento de esta decisión so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: DESVINCULAR a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, al **INVIMA**, al **Ministerio de Salud y de la Protección Social** conforme se puso de presente en párrafos precedentes.

Radicación: No. 2022-203
Accionante: Martha Idalides Galván Liévano
Accionada: Famisanar EPS
Decisión: Concede tutela

CUARTO: NO TUTELAR los derechos fundamentales deprecados frente a la solicitud de tratamiento integral solicitado por la parte accionante por los motivos expuestos en la parte orgánica de esta providencia.

QUINTO: 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.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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: **2b5b1a851adc2867a4c35c92e8a3c585993a8671897ebaed50fbc341dd02a967**

Documento generado en 12/12/2022 01:07:37 PM

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