

JUZGADO TREINTA Y DOS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ



Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 11001 40 03 **032 2022 01045 00.**

Asunto: Acción de tutela

Accionante: María Angélica Ramírez Garzón.

Accionado: Eps Famisanar S.A.S.

Decisión: Concede (salud).

Se decide la acción de tutela de la referencia, para lo cual bastan los siguientes

ANTECEDENTES

La promotora del recurso de amparo, pretende la protección de su derecho fundamentales a la salud en conexión con la vida, en atención a que padece un cáncer de tiroides y una condromalacia en su rodilla, razón por la cual el médico tratante desde el año 2021, le formuló el:

medicamento PREPARACION MAGISTRAL DE EXTRACTO BALANCEADO
THC:CBD-1:1-TETRAHIDROCANNABINOL (thc)1.2%, CANNABIDIOL(CBD)1.3%-
12MG/ML. THC-13MG/ML CBD-SOLUCION ORAL-30ML-TITULACION DELA
DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICO, (DR JUAN RAFAEL
LOPEZ MEDICINA DEL DOLOR Y CUIDAD PALEATIVO. RM 506999)

El cual venía siendo entregado por la Eps; no obstante, a la fecha de presentación de la acción, la accionada dejó de suministrar dicho fármaco en atención a que no cuenta registro Invima; de igual forma resaltó que no cuenta con los recursos necesarios a fin de adquirir dicha medicina por sus propios medios.

Por lo anterior, aun cuando no se le elevaron peticiones expresas en la acción de tutela, se deduce que lo pretendido por la actora es que se ordene el suministro del medicamento referido.

Por su parte **Eps Famisanar S.A.S.**, precisó que las preparaciones magistrales financiadas por presupuestos máximos del SGSSS se consideran financiadas cuando se fabrican a partir de los medicamentos financiados con presupuestos máximos, siendo concluyente entonces que se utilicen en las indicaciones autorizadas por el INVIMA para el medicamento a partir del cual se preparan.

Resaltó que la preparación magistral de CANNABIDIOL sólo se financia cuando se fabrica a partir del medicamento financiado con presupuesto máximo, es decir a partir de la solución oral de CANNABIDIOL, y cuando se prescribe en las indicaciones autorizadas para dicho medicamento ya que otras preparaciones en las que se parte por ejemplo de extractos botánicos de cannabis medicinal no se consideran financiadas con recursos de presupuestos máximos.

Así mismo indicó que, el uso en indicaciones no autorizadas, del mismo modo que el caso anteriormente descrito para medicamentos que contienen CANNABIDIOL, constituye una de las causales para no estar financiado con dineros de la salud según lo dispuesto en la Ley Estatutaria en Salud 1715 de 2015.

Por lo anterior, concluyó que las preparaciones magistrales se financian con la UPC o con presupuesto máximo solamente en aquellos casos donde se fabrican a partir de medicamentos financiados por alguno de estos dos mecanismos y sólo cuando se prescriben en indicaciones autorizadas para los medicamentos de los cuales parten; requisitos estos que no se cumplen en el caso de la accionante.

Así las cosas, petitionó la negatoria del recurso de amparo en atención a que dicha aseguradora ha cumplido con sus deberes legales y por lo cual existe una carencia actual de objeto, a no evidenciarse vulneración alguna a los derechos de promotora del recurso de amparo.

A su vez el **Invima**, resaltó que no está dentro de sus funciones la de administrar o formular medicamentos, puesto que son las Eps las obligadas a garantizar la prestación de los servicios de salud a que tiene derecho todo afiliado, quienes a su vez deberán garantizar los tratamientos médicos o terapéuticos conforme a los principios de equidad, integralidad, igualdad, calidad y solidaridad, pero tendrán derecho a repetir el valor de los gastos al ADRES o a la Entidad Territorial cuando éstos se encuentren fuera del POS.

Por lo anterior, al no existir quebrantamiento de los derechos fundamentales de la accionante, por parte de dicha entidad, invocó en su defensa la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte el **Ministerio de Salud**, pidió su exoneración de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela, no obstante, en caso de ésta prospere, solicitó se conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por dicha Cartera, ya que todos los servicios y tecnologías autorizados en el país por la autoridad competente deben ser garantizados

por la EPS independientemente de la fuente de financiación; sin embargo, precisó que en el evento en que el despacho decida afectar recursos del SGSSS, se debe realizar la vinculación del Adres.

Por su parte la **Adres**, peticionó negar el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con dicha Administradora, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que dicha entidad haya vulnerado derecho alguno del accionante.

Adicionalmente, solicitó que cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación.

Finalmente, peticionó modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del SGSSS.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, con el fin de que en su caso, y consideradas las circunstancias específicas, y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.¹

Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra los particulares la Jurisprudencia Constitucional ha expresado en sentencia T-1217 de 2008:

“3.3 De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, la procedencia de la acción está sujeta a uno de los siguientes presupuestos:

- a) Que el particular esté encargado de la prestación de un servicio público.*
- b) Que el particular afecte grave y directamente un interés colectivo.*
- c) Que el accionante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular”.*

¹ Sentencia, T-001 de 1992.

En el caso objeto de examen, encuentra el Despacho que se dan los presupuestos mencionados por la H. Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra particulares, toda vez que Compensar Eps, como empresa promotora de salud, presta un servicio público de aseguramiento en salud, de donde sea procedente la acción contra esta.

Censura el accionante que la Eps accionada, está vulnerando los derechos fundamentales a la salud en conexión con la vida en atención a que la accionada no está garantizando la entrega de forma oportuna del:

medicamento PREPARACION MAGISTRAL DE EXTRACTO BALANCEADO THC:CBD-1:1-TETRAHIDROCANNABINOL (thc)1.2%, CANNABIDIOL(CBD)1.3%-12MG/ML. THC-13MG/ML CBD-SOLUCION ORAL-30ML-TITULACION DELA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICO, (DR JUAN RAFAEL LOPEZ MEDICINA DEL DOLOR Y CUIDAD PALEATIVO. RM 506999)

Por lo que en sede de tutela, la accionante pretende se ordene la entrega de este.

Establecido lo anterior, ha de indicar esta judicatura que la Aseguradora accionada, indicó que no era procedente acceder a la entrega de dicho medicamento por cuanto no poseía registro Invima, entre otras cosas afirmó: *“...cuando se prescribe en las indicaciones autorizadas para dicho medicamento ya que otras preparaciones en las que se parte por ejemplo de extractos botánicos de cannabis medicinal no se consideran financiadas con recursos de presupuestos máximos.”*

Frente a los dos posturas contrapuestas, la Corte Constitucional, en reciente pronunciamiento indicó:

*“... la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido al principio de evidencia científica, con el fin de que la decisión sobre el suministro o no de un medicamento que no cuente con aprobación sanitaria para su comercialización esté sujeto a la mejor evidencia científica disponible aplicada a cada caso concreto. Ahora bien, en la sentencia referida la Corte estimó que el derecho a la salud de una persona envuelve en sí mismo la garantía en el acceso a los medicamentos requeridos y ordenados por el médico tratante. Por lo cual, aun cuando un medicamento no cuente con la aprobación del INVIMA, aquel deberá ser suministrado salvo 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 nacional”*.^[145] En todo caso, y a pesar de lo referido por esta Corte en oportunidades anteriores, en materia de sustitución de medicamentos, no es el principio activo, sino la capacidad de reacción y efecto sobre el paciente lo que resulta determinante para el suministro del medicamento respectivo.*

82. Como se indicó en la Sentencia T-302 de 2014, citada en la Sentencia T-298 de 2021, para verificar si un medicamento cuenta o no con suficiente

evidencia científica respecto de su idoneidad es necesario considerar el criterio del médico tratante. De manera que, el médico tratante es el responsable de determinar “si se cuenta o no con la suficiente evidencia científica para proveer un medicamento sin aprobación por parte de la autoridad sanitaria. Es decir que el galeno tratante es quien conoce al paciente y puede establecer, prima facie, si dicha medicina es idónea para tratar la enfermedad que padece. (...) la falta de aprobación sanitaria no puede ser tomada como el criterio único y excluyente sobre la idoneidad de un medicamento”.^[146] (Subraya por fuera del texto)

(...)

84. Teniendo en cuenta lo señalado, la Corte Constitucional ha establecido la regla jurisprudencial relativa al suministro de medicamentos que no cuentan con la aprobación del INVIMA vía acción de tutela. En esos términos, “será procedente el amparo tutelar cuando quiera que se trate de medicamentos que están acreditados en la comunidad científica respecto de su idoneidad para el tratamiento de determinada patología”, y “siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos [excluidos de financiación con recursos públicos de la salud]. Quedan excluidos entonces los medicamentos experimentales, frente a los cuales no existe suficiente evidencia científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad”.^[149] (Subraya por fuera de texto original)

85. *En conclusión, el criterio del profesional especialista en la salud encargado del tratamiento del paciente que requiere un medicamento sin aprobación del INVIMA es quien, prima facie, determina la idoneidad y eficacia del fármaco para el tratamiento prescrito. En esa medida, el suministro de medicamentos que no cuentan con la aprobación del INVIMA, vía acción de tutela, está supeditado a la acreditación del medicamento dentro de la comunidad científica como idóneo y eficaz para el tratamiento de determinada enfermedad.*²

Ahora bien, conforme lo acotado, se tienen que el medicamento peticionado por la actora y que le fue formulado, si posee registro Invima pero para otras patologías, por lo cual no se encuentra ante un medicamento experimental, razón por la cual si el médico tratante ordenó su suministro, se tiene que el criterio científico de este, se constituye en un concepto idóneo y eficaz de que dicho fármaco sirve para el tratamiento del padecimiento que aqueja a la accionante, por lo que deberá prosperar el recurso de amparo y a fin de ordenar su entrega.

Ahora bien, frente a que el medicamento solicitado, para el padecimiento que requiere la actora, no se encuentra financiado, lo cierto es que la Eps accionada no acreditó que la accionante tuviera los recursos necesarios para adquirirlo por sus propios medios y el extremo actor manifestó que bajo la gravedad del juramento que no contaba con los ingresos necesarios para adquirirlo, otra razón adicional para acceder a su entrega.

² Corte Constitucional, sentencia T-133 de 2022

De igual forma es menester resaltar que la accionante indicó que padece una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer, hecho que comprobó con la historia clínica de esta, de donde se convierte en un sujeto de especial protección constitucional, que haga imperiosa la protección de sus derechos.

Por lo dicho, este estrado judicial encuentra que la Eps accionada no ha garantizado la entrega de medicamentos de forma oportuna y ha impuesto barreras de tipo administrativo que impiden la prestación de un servicio de salud con criterios de pertinencia y oportunidad, por lo que el recurso de amparo habrá de prosperar, como ya fuera dicho, a fin de ordenar a Eps Famisanar S.A.S., a través de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, entregue el fármaco petitionado en el escrito de tutela, siempre y cuando exista orden médica vigente o renovación de esta.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Tutelar el derecho fundamental a la salud de María Angélica Ramírez Garzón, conforme las razones y argumentos esgrimidos en la presente decisión.

Segundo. En consecuencia, **ordenar al representante legal de Eps Famisanar S.A.S.**, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a la entrega a la accionante María Angélica Ramírez Garzón, del:

medicamento PREPARACION MAGISTRAL DE EXTRACTO BALANCEADO THC:CBD-1:1-TETRAHIDROCANNABINOL (thc)1.2%, CANNABIDIOL(CBD)1.3%-12MG/ML. THC-13MG/ML CBD-SOLUCION ORAL-30ML-TITULACION DELA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICO, (DR JUAN RAFAEL LOPEZ MEDICINA DEL DOLOR Y CUIDAD PALEATIVO. RM 506999)

Lo anterior, siempre y cuando exista orden médica vigente o se expidan renovaciones o actualizaciones para la dispensación de dicho fármaco a favor de la accionante.

Del cumplimiento a lo aquí dispuesto deberá comunicar al juzgado

Tercero. Comunicar esta decisión a los interesados, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Sentencia 1ª. instancia, acción de tutela, 11001 40 03 032 2022 01045 00

Cuarto. Si no fuere impugnada, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA CECILIA SOLER RINCÓN

Juez

Firmado Por:

Olga Cecilia Soler Rincon

Juez Municipal

Juzgado Municipal

Civil 032

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: **cc7ddf96ff2f5a46dbdc5a930217898b80f18ef7afeaf4e8d1a68f3e83beb984**

Documento generado en 26/10/2022 09:10:05 PM

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