



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., primero (1°) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2023-01900-00
ACCIONANTE: ALBA ASCENETH CIFUENTES CASTELLANOS
ACCIONADA: FAMISANAR EPS.

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

I. ANTECEDENTES

1.- Hechos

Como situación fáctica relevante, en síntesis, la accionante sostuvo que fue diagnosticada con las patologías denominadas: *“EPILEPSIA, TIPO NO ESPECIFICADO (OSTEO) ARTROSIS PRIMNARIA GENERALIZADA, TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, NO ESPECIFICADO”*.

Adujo que, que su médico tratante le ordenó, para combatir dichos dolores, una Fórmula Magistral denominada *“PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDOL(CBD)- CANNABIDOL(3%), DELTA -9-TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) SOLUCION ORAL -30MG/ML CBD – TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICOS – ANEXO TITULACIÓN”*, medicamento que la EPS FAMISANAR, le negó bajo el argumento que dicha formulación no se la pueden suministrar porque no está aprobada por el Invima.

Además, afirmó que la formulación anterior ha sido la única que ha logrado atenuarle los intensos dolores y considera que la negativa de la EPS accionada para suministrar el medicamento, está vulnerando su derecho fundamental a la salud, pues carece de recursos económicos para asumir por su cuenta el costo del insumo que demanda su patología.

2.- La Petición

Con fundamento en lo anterior solicitó se amparen sus derechos fundamentales a la vida y la salud y, en consecuencia, se ordene a la accionada FAMISANAR EPS, suministrarle el insumo denominado *“PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDOL(CBD)- CANNABIDOL (3%), DELTA -9-TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) SOLUCION ORAL -30MG/ML CBD – TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICOS – ANEXO TITULACIÓN”*, conforme la prescripción de su médico tratante.

3.- Trámite Procesal

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2023-01900-00

Una vez admitida la presente acción mediante auto de fecha 28 de noviembre de la presente anualidad, se ordenó la notificación a la accionada **FAMISANAR EPS**, a efectos de que ejerciera el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, la cual señaló que en lo que respecta al medicamento CANNABIDIOL, corresponde a un extracto botánico y NO a una fórmula magistral elaborada a partir de un medicamento debidamente aprobado por el INVIMA, es decir que no da cumplimiento con lo establecido en el numeral d del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, en congruencia con lo decretado en la Resolución 1885 de 2018, por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción. suministro. verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC.

Agregó que, de acuerdo a la legislación vigente, aquellos medicamentos que contienen CANABIS MEDICINAL no cuentan con registro INVIMA para patologías diferentes a TRATAMIENTO ADYUVANTE DE LAS CONVULSIONES ASOCIADAS CON EL SÍNDROME DE LENNOX-GASTAUT (LGS) Y EL SÍNDROME DE DRAVET (SD) EN PACIENTES DE 2 O MÁS AÑOS QUE NO HAN RESPONDIDO A COMBINACIONES CONVENCIONALES DE TERAPIAS ANTICONVULSIVAS QUIENES PERSISTEN CON 2 O MÁS EPISODIOS CONVULSIVOS POR SEMANA, diagnósticos que deben ser confirmados por el especialista.

Afirmó que no ha trasgredido los derechos fundamentales invocados por la accionante, por lo que solicitó declarar la improcedencia de la presente acción constitucional dada la carencia actual de objeto.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** señaló que los hechos objeto de censura no están dirigidos contra esa entidad, y comoquiera que en el presente asunto se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, solicitó su desvinculación de este trámite constitucional y negar cualquier solicitud de recobro por parte de la convocada.

Finalmente, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, indicó que no ha vulnerado las garantías constitucionales del querellante, pues no es la entidad competente para garantizar la prestación de los servicios de salud solicitados por la accionante, siendo responsabilidad de la EPS correspondiente pronunciarse de fondo sobre la prestación de los servicios requeridos en la presente acción constitucional; por tal motivo resulta evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2023-01900-00

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

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis el problema jurídico consiste en determinar si se ha vulnerado o no a la actora el derecho fundamental a la salud por parte de las convocadas al no realizar la entrega del insumo denominado “*PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDOL(CBD)- CANNABIDOL(3%), DELTA -9-TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) SOLUCION ORAL - 30MG/ML CBD – TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICOS – ANEXO TITULACIÓN*”, requerida para el tratamiento de la patología que le aqueja y conforme a la orden médica prescrita por su galeno tratante.

Del Derecho a la Salud

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

Sobre la naturaleza del derecho a la salud, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-081 de 2016 señaló:

“Por medio de la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” El legislador reconoció a la salud como derecho fundamental mediante la Ley 1751 de 2015, en cuyo Artículo 2° se especifica que es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad (...).

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el servicio de salud debe ser prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, garantizando la continuidad y oportunidad del mismo.

Al respecto, la Corte Constitucional sostiene que:

“(...) una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad.

(...) por este motivo, las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, que a su vez son suministrados por la IPS, no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas, como el cambio de un contrato médico. En efecto, cuando existe una interrupción o dilación arbitraria,

esto es que no está justificada por motivos estrictamente médicos, las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud¹ (Subrayado fuera de texto).

En relación con el acceso a los servicios de salud que requiera el paciente, la Sentencia T-760 de 2008 expuso:

“Una entidad prestadora de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que requiera, únicamente por el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios. Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad. Además, una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico: ‘las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad’”.

En consecuencia, los principios de continuidad y oportunidad se desconocen por parte de las Entidades Promotoras de Salud cuando demoran la prestación de un servicio médico por causas administrativas o contractuales y, cuando el mismo no es prestado por razones diferentes a un concepto médico.

Caso Concreto

Descendiendo al caso bajo estudio y analizadas las pruebas allegadas al plenario, observa el Despacho que la accionante pretende la protección de sus derechos fundamentales a la vida y salud, en consecuencia, se ordene a la convocada **FAMISANAR EPS** que proceda a suministrar el insumo denominado **“PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDOL(CBD)-CANNABIDOL (3%), DELTA -9-TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) SOLUCION ORAL -30MG/ML CBD – TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICOS – ANEXO TITULACIÓN”** prescrito por su médico tratante.

En relación con lo anterior, **FAMISANAR EPS**, informó que frente a la cobertura del medicamento se debe tener en cuenta el diagnóstico y los registros avalados por Invima con sus respectivos usos; y que, en este caso la indicación de uso del medicamento no está aprobada por el Invima y que, corresponde a un extracto botánico y no a una fórmula magistral elaborada a partir de un medicamento debidamente aprobado por la respectiva entidad, es decir no que da cumplimiento con los establecido en el numeral d) del artículo 15 de la ley 1751 de 2015 / resolución 1885-2018.

Sin embargo, el argumento expuesto por la EPS accionada no puede constituir la excusa de negarse a garantizar el insumo requerido por la tutelante, teniendo en cuenta que el galeno tratante que formuló el insumo requerido por la convocante se encuentra adscrito a su red prestadora, sin que dicha carga pueda trasladarse a la paciente por parte de la entidad aseguradora, quien es la obligada de prestar el servicio de salud.

De acuerdo con la orden médica emitida por el galeno Juan Rafael López Sánchez, especialista en Dolor y Cuidados Paliativos, en consulta del 15 de

¹ Sentencia T-234 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez)

noviembre de 2023, en Zerenia S.A.S., corresponde a una preparación magistral, la cual, por definición, se trata de preparados elaborados por un establecimiento farmacéutico para atender una prescripción médica de un paciente individual, que requiere de algún tipo de intervención de variada complejidad.

Conviene memorar que, el artículo 2.8.11.5.1. del Decreto 811 de 2021, establece que:

“Preparaciones magistrales provenientes de cannabis. Las preparaciones magistrales para uso humano solo pueden ser elaboradas por los establecimientos farmacéuticos y servicios farmacéuticos autorizados, de conformidad con este decreto y las normas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en esa materia, los cuales deberán obtener el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración otorgado por el Invima con alcance específico a derivados de componente vegetal o derivados de cannabis, y su dirección técnica estará a cargo exclusivamente de un químico farmacéutico.

La dispensación y/o venta de preparaciones magistrales se podrá realizar en farmacias droguerías y droguerías bajo la dirección técnica de un regente de farmacia o químico farmacéutico, dando cumplimiento a los lineamientos del programa nacional de farmacovigilancia y al modelo de gestión del servicio farmacéutico.

(...) **Parágrafo 1.** Cuando se trate de preparaciones magistrales de cannabis, en el empaque, envase o rotulado del producto se debe especificar lo prescrito en la orden médica, señalando, como mínimo, las concentraciones de tetrahidrocannabinol (THC) y de cannabidiol (CBD) con el fin de determinar la posología. La cuantificación de cannabinoides deberá realizarse tal y como se señala en el artículo 2.8. 11.2.7.5. del presente título”.

Ahora, respecto de los preparados magistrales elaborados por un establecimiento farmacéutico o servicio farmacéutico, ha enfatizado la Corte Constitucional en sentencia T-706 de 2010 lo siguiente:

“Los establecimientos farmacéuticos que se encuentran habilitados para realizar preparados magistrales son las Farmacias-Droguerías, las cuales deben contar con grado de mediana y alta complejidad. De igual forma el Ministerio de la Protección Social indicó que **la inspección, vigilancia y control de los preparados es competencia del INVIMA, entidad que certifica las Buenas Prácticas de Elaboración -BPE-, único requisito que requieren las Farmacias-Droguerías para manipular este tipo de preparados. Luego cuando se tiene el certificado BPE, no se requiere del registro ante el INVIMA.** Sin embargo, algunas entidades interesadas en el tema ya cuentan con dicho registro. De esta forma, el trámite del registro ante el competente es opcional, pues lo único que se requiere es el certificado de BPE” (Resalta el Despacho).

Ahora bien, en reiterada jurisprudencia entre ellas la Sentencia T-427 de 2005, el organismo de cierre de la jurisdicción constitucional ha dicho que:

“[e]l acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante”.

En consecuencia, *“El concepto del médico tratante es, entonces, el criterio que se debe tener en cuenta para establecer si se requiere un servicio de salud y ello en razón de que tiene el deber de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes, generándose, en consecuencia, una responsabilidad por los tratamientos y medicamentos que prescriban para el efecto”*².

Además, es preciso traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia T-196 de 2018:

*“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, **(ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos,** (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”*.

En suma, el acceso al servicio de salud de conformidad con la ley y la jurisprudencia de la Corte debe darse en términos de continuidad, lo que implica que las entidades prestadoras de salud no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de tratamiento, impidiendo con ello la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes” (Resalta el Despacho).

Así que para el Despacho, no son de recibo los argumentos de la entidad accionada para negarse a autorizar y asegurar la efectiva entrega del insumo ordenado por el médico tratante para la patología que padece la accionante, ya que, si bien es cierto el medicamento no cuenta con registro INVIMA, no es menos cierto, que no se reparó, en que la función del INVIMA en cuanto a los establecimientos que preparan las fórmulas magistrales se limita a Certificar el Cumplimiento de Buenas Prácticas, sin que su competencia vaya hasta la expedición de algún registro.

Así las cosas, aterrizados los hechos comprobados a la normatividad y jurisprudencia citados en líneas anteriores, resulta más que evidente para el Despacho que el galeno tratante ordenó los servicios de salud a la accionante con el fin de dar tratamiento a las patologías que padece, en procura al restablecimiento de su salud, por lo que, la E.P.S. no puede sustraerse de su prestación, pues se trata de una obligación de orden legal y su retraso pone en riesgo los derechos fundamentales de la paciente, creando una barrera que le impide acceder al servicio público de salud.

Por lo expuesto, y acreditada como se encuentra la lesión a los derechos fundamentales de **ALBA ASCENETH CIFUENTES CASTELLANOS**, por cuanto, no se ha garantizado el suministro del insumo denominado *“PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDOL(CBD)- CANNABIDOL (3%), DELTA -9-TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) SOLUCION ORAL -30MG/ML CBD – TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICOS – ANEXO TITULACIÓN”*, necesario para el tratamiento de sus patologías, se concederá el amparo deprecado y se le ordenará a la EPS accionada que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, con independencia de los trámites administrativos que tenga que adelantar, los cuales no pueden afectar bajo

² Sentencia T – 706 de 2010

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2023-01900-00

ninguna circunstancia a la paciente, proceda a suministrar dicho insumo, así se realice de manera indirecta o a través de un establecimiento con el que tenga contratación vigente que cuente con Certificado de Buenas Prácticas de Elaboración –BPE.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional solicitado por **ALBA ASCENETH CIFUENTES CASTELLANOS** identificada con cedula de ciudadanía No. 52.393.821, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **FAMISANAR EPS**, o quien haga sus veces, que dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de este fallo, sin importar los trámites administrativos que tenga que adelantar, proceda a **SUMINISTRAR** a la accionante el insumo denominado **“PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDOL(CBD)-CANNABIDOL (3%), DELTA -9-TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) SOLUCION ORAL -30MG/ML CBD – TITULACION DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICOS – ANEXO TITULACIÓN”**, bajo la orden que dictaminó el galeno tratante, esto es, bajo la característica y cantidad prescrita.

De las determinaciones que se adopten en cumplimiento de este fallo deberá notificarse el Juzgado dentro del término atrás indicado.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible. **Entréguese copia del presente fallo a la accionada.**

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:
Cristhian Camilo Montoya Cardenas
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Juzgado 39 Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple
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: **dff516fe3a5b03f1c965963b272c4128e6d901ddfb51b4f2f292cdbe06c6a434**

Documento generado en 01/12/2023 01:30:34 PM

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