REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO
GACHETÁ (CUNDINAMARCA)

Gachetá, Cundinamarca, veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2022).

Radicación: 25322408900120210002000l
Accionante: Salomón Rodríguez Tumbia.
Accionada: FAMISANAR EPS.
Sentencia de tutela segunda instancia No. 2022-001

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Lo constituye desatar la **IMPUGNACIÓN** interpuesta por la entidad accionada, FAMISANAR EPS, a través del Gerente Zonal Sabana Norte, como encargado del cumplimiento de los fallos de tutela, contra la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2021 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca (Cundinamarca), a través de la cual se resolvió sustancialmente CONCEDER el amparo constitucional deprecado.

II. SITUACIÓN FÁCTICA Y PROCESAL.

El accionante, a nombre propio, señaló en el libelo de la tutela que en la actualidad tiene 59 años de edad, afiliado a la EPS FAMISANAR, en el régimen subsidiado, y que padece de hipertensión arterial, úlcera varicosa en el tobillo derecho, que le genera fuertes dolores.

El día 13 de octubre de 2021, asistió a cita médica en el centro de salud de Guasca, debido a la úlcera que presenta de difícil cicatrización. El médico tratante, le formuló Polisulfato de Carboximetilglucosa (cacipliq20) spray, dos frascos para dos meses de tratamiento, medicamento con el que se esperan signos de recuperación. Tal medicamento, de buena reputación, no puede ser adquirido por el accionante, dado que no cuenta con los recursos económicos para tal fin y evitar una amputación de su pierna.

Con posterioridad a ello, el accionante realizó la solicitud a la EPS accionada para el suministro del insumo médico, pero la entidad no ha autorizado la entrega del mismo argumentando que la farmacia debe conseguir el insumo en forma particular.

Ante la negación de la entrega del insumo, acudió a consultorio jurídico y una fundación, en donde se le recomendó impetrar el amparo constitucional y se le informó que la EPS no debería negar la entrega del medicamento. Citó apartes de la Resolución 5887 de diciembre 26 de 2018 e insistió en que es un paciente económicamente insolvente.

Como derechos vulnerados invocó básicamente los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la integridad y a la dignidad humana.

El accionante elevó como pretensiones las siguientes: (i) que FAMISANAR le haga entrega del insumo médico Polisulfato de Carboximetilgucosa (caciliq20) en la cantidad de 2 frascos spray x 7.5 ml; (ii) que debido al lamentable estado de salud que presenta el despacho avoque la acción como medida provisional urgente para autorizar los medicamentos; (iii) con el fin de no interponer nuevas acciones constitucionales por el mismo aspecto, se le conceda tratamiento integral para su enfermedad, en términos de los exámenes, consultas y medicamentos relacionados con la patología de úlcera en el tobillo externo del pie derecho.

A la demanda de tutela anexó la solicitud elevada, cuyo contenido será descrito y estudiado en el acápite que corresponda.

III. TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca (Cundinamarca) en auto calendado octubre 27 de 2021, admitió la acción de tutela, decretó la medida provisional solicitada y tuvo como pruebas las aportadas por la parte accionante, comunicando la decisión respectiva.

En término, la entidad accionada, descorrió el traslado de la acción, bajo fundamentos que serán revisados en el acápite correspondiente.

No hubo práctica de pruebas adicionales.

IV. FALLO IMPUGNADO.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca (Cundinamarca), en fallo de noviembre 10 último, aludió al marco jurídico general, recapituló el contenido de la

demanda y la contestación, aludiendo al núcleo esencial del derecho a la salud y sus previsiones jurisprudenciales y normativas respecto del suministro de medicamentos que no cuentan con registro INVIMA e igualmente hizo referencia a las reglas del tratamiento médico integral.

Refiriéndose al caso concreto, señaló que el accionante se encuentra legitimado en la causa por activa e igualmente la EPS accionada se encuentra legitimada en la causa por pasiva. A dijo que se demostró que el paciente se encuentra afiliado y activo como cotizante en el régimen contributivo a la entidad FAMISANAR EPS. Que se acreditó el diagnóstico de "hipertensión arterial; insuficiencia venosa (crónica) (periférica); venas varicosas de los miembros inferiores con úlcera", que por lo cual, se le prescribió "polisulfato carboximetilglucosa (Caciliq20), frascos en spray x 7.5 ml" a través de orden médica.

Resaltó que el punto de discusión dentro del presente asunto, es la no entrega por parte de la accionada del insumo médico referido, fundamentada en que el medicamento no cuenta con registro INVIMA; que por tanto, se precisaba verificar si se reunían los requisitos señalados por la jurisprudencia en tal sentido.

Tras citar el precedente contenido en la sentencia T-001 de 2018, (básicamente que se entiende vulnerado el derecho a la salud tras la no entrega del insumo que no cuenta con registro INVIMA, salvo que: se acredite que médicamente puede ser sustituido por otro que sí cuente con el registro, que tenga el mismo principio activo, sin que se vea afectada la vida o salud del paciente y que los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo sea el mismo, se encuentren efectivamente disponibles en el mercado colombiano), habiéndose establecido que, el accionante tiene el padecimiento anteriormente referido, señaló que el paciente requiere continuar el respectivo tratamiento, sin que la accionada demostrara que el medicamento prescrito puede ser sustituido por otro con registro sanitario vigente, cuyo principio activo sea el mismo, o que se encuentre efectivamente disponible sin que se vea afectada la salud, integridad o vida del paciente, que se encuentre incluido en el PBS.

Recalcó que la entidad accionada fundamenta su negativa en el hecho de que el medicamento ordenado no cuenta con registro INVIMA, sin embargo observó que la entidad sanitaria manifestó que tal registro se encuentra en proceso de renovación, es

decir el medicamento ya contaba con el registro respectivo y, por ello, el galeno tratante lo formuló.

La accionada no demostró que el paciente estuviera en capacidad de costear el medicamento prescrito y es evidente que el mismo se requiere para continuar con el tratamiento integral para mejorar su calidad de vida, tratamiento formulado por dos meses "hasta cerrar herida".

Así, acreditados los supuestos exigidos por la jurisprudencia, concluyó el A quo que FAMISANAR EPS vulneró los derechos a la seguridad social en salud y a la vida digna del accionante, pues la entrega del medicamento, por ninguna causa debería ser postergada.

Además, al estudiar el acápite relacionado con el tratamiento integral, refiriendo el precedente de algunas sentencias sobre el particular, como la T- 062 y T- 178 de 2017, estableció que el agenciado cumple con los requisitos para acceder a la orden de tratamiento integral, en la medida en que su EPS no le ha suministrado a tiempo los servicios ordenados por el médico tratante. Lo anterior aunado a la patología que padece el paciente que lo consolida como un sujeto de especial protección constitucional.

Así, resolvió: (i) CONCEDER el amparo constitucional deprecado; (ii) ordenar a la EPS FAMISANAR que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, autorizara y entregara el medicamento formulado, previamente referido y señalando que la accionada queda facultada para el recobro del costo de la prestación ante el ADRES; (iii) ordenar a la entidad accionada, garantizar el tratamiento integral a favor del accionante en torno al padecimiento "hipertensión arterial; insuficiencia venosa (crónica - periférica); venas varicosas de los miembros inferiores con úlcera", en atención a lograr el restablecimiento de la salud del paciente.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

La entidad accionada, en término, a través del gerente zonal sabana Norte como encargado del cumplimiento de los fallos de tutela, IMPUGNÓ el fallo previamente descrito, y en su memorial, señaló que el fallo de tutela le impone a la entidad una obligación desproporcional respecto de la normatividad que rige sus obligaciones, pues aquella no ha negado servicio de salud alguno a la persona afiliada, los cuales se han

prestado en consonancia con la Resolución 2481 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.

Pese a que la entidad accionada ha desplegado todas las acciones de prestación de los servicios de salud, se le ha ordenado en el fallo la garantía de tratamiento integral. Es preciso que se cumplan requisitos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional para la autorización de servicios por parte de la EPS que se encuentren fuera del cargo a la UPC, servicios excluidos de la Resolución 2481 de 2020 y de los financiados con el presupuesto máximo de la Resolución 586 de 2021; tales servicios no podrían verificarse si se brinda tratamiento integral en decisiones de contenido indeterminado y futuro, arriesgando la estabilidad del sistema de salud.

Ni siquiera en consideración del principio de integralidad, podría darse lugar a un fallo de carácter indeterminado, lo cual afectaría la seguridad jurídica y la destinación de los recursos de salud "al ordenar indebidamente e inconstitucionalmente el "TRATAMIENTO INTEGRAL".

Insistió en que no es procedente que se haya concedido un tratamiento integral ya que la EPS no ha vulnerado o pretendido negar deliberadamente el acceso a los servicios, y señalando el precedente constitucional contenido en la sentencia T- 044 de 2007, en donde se arguyó que el juez de tutela infiriendo el tratamiento que podría necesitarse por parte del paciente y sin tener en cuenta sus condiciones económicas o de salud, ordene el cubrimiento de todo tratamiento necesario cuando no haya señal de que la EPS haya negado el servicio, pues hacerlo devendría en un fallo desproporcionado.

El tratamiento en una orden indeterminada, por su ambigüedad y falta de certeza en el futuro, podría aludir a servicios que definitivamente no puedan financiarse por los recursos públicos asignados al sistema, de los que tratan las Resoluciones mencionadas en precedencia.

Se refirió a la Resolución 586 de 2021, "por medio de la cual estableció disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la unidad de pago por capacitación- UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...) y se adopta la metodología para definir el presupuesto máximo". Citó el artículo noveno de esa normativa, que trata de los servicios y

tecnologías NO FINANCIADAS con cargo al presupuesto máximo, que en su numeral 9.7 señala que no se financiarán con cargo al presupuesto máximo: "los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidas por este Ministerio o aquellas que cumplan alguno de los criterios establecidos en el artículo 15 de la ley 1751 de 2015".

Transcribe el contenido del artículo 15 de ésta última norma cuyo contenido se señalará en el aparte pertinente, respecto de los criterios para que un servicio de salud no pueda ser financiado con recursos públicos.

Indicó también que el presupuesto máximo asignado a la salud que se estableció a partir de marzo 1° de 2020, es de carácter limitado, y sólo puede destinarse a la salvaguarda de la salud e integridad de la población afiliada y no podrían utilizarse esos servicios públicos para garantizar servicios que no se encuentren dentro del ámbito de la salud, esto es, aquellos que no sean por sí mismos parte del tratamiento para que se supere la patología.

En consecuencia, solicitó que: (i) se conceda la impugnación ante el superior funcional; (ii) se modifique la decisión y se deniegue la acción de tutela dado que la conducta de la accionada ha sido tendiente a garantizar el derecho a la salud del paciente y por no acreditarse las exigencias jurisprudenciales para inaplicar las normas sobre la cobertura del servicio. (iii) en caso de confirmar la decisión se modifique la decisión y se determine en su lugar, expresamente en la parte resolutiva, cuáles son las prestaciones cobijadas por el fallo para evitar que en el futuro se terminasen destinando los recursos del sistema para el cubrimiento de servicios que no corresponden con la preservación del derecho a la vida, REVOCÁNDOSE la orden de tratamiento integral.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

Este Despacho, una vez efectuado el reparto digital correspondiente, a través de auto calendado en diciembre 2 hogaño, avocó el conocimiento de la acción por ser el competente, a voces de lo señalado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, informando tal disposición a las partes.

Se profiere el presente fallo dentro de los veinte días hábiles consagrados en el Decreto 2591 de 1991, contados desde su recibo electrónico y que no incluyen en su conteo, días sábados, dominicales o festivos, ni la vacancia judicial, dado que aunque se encuentre en vigencia aún el estado de emergencia económica declarado por el

Gobierno Nacional en razón de la contingencia derivada de la pandemia de COVID19/SARSCOV2, éste no ha generado variación alguna en los términos de resolución de las acciones constitucionales, ni en el concepto de días hábiles para tal fin.

Sin decreto de pruebas adicionales, se procede a edificar el fallo que constitucionalmente corresponde, previas las siguientes:

VII. CONSIDERACIONES DEL AD QUEM.

A. COMPETENCIA

Este Despacho, en el asunto, por ser el Superior del Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca (Cundinamarca), es competente para conocer de la **IMPUGNACIÓN** del presente fallo de tutela, conforme lo prevé el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

B. LA ACCION DE TUTELA Y EL PROBLEMA JURÍDICO.

La Doctrina Constitucional ha sostenido, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, que el objetivo fundamental de la acción de tutela no es otro que la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos se han visto vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados en la Ley.

Así las cosas, la eficacia de la acción de tutela reside en el deber que tiene el Juez de impartir una orden de inmediato cumplimiento, encaminada a la defensa actual y cierta del derecho fundamental invocado, si lo encuentra vulnerado o amenazado.

Para el caso bajo examen, teniendo en cuenta los argumentos de la impugnación, vale expresar que, en primer lugar, se observa que no expresó el impugnante argumento alguno respecto de la improcedencia de la acción de tutela para la reclamación de medicamentos sin registro sanitario del INVIMA, sin embargo, en el acápite final de su memorial, solicitó se denegara el amparo constitucional deprecado. Por tanto, este Despacho realizará a ese respecto un análisis concreto para resolver un primer

problema jurídico consistente en determinar si hay lugar a revocar la decisión que ordenó la entrega del medicamento.

Teniendo en cuenta los argumentos de la impugnación, se observa que la principal inconformidad presentada tiene que ver con la orden de tratamiento integral a favor de la accionante, dada por el a quo, por tratarse ésta de una orden que considera el impugnante, de carácter indeterminado. Así, se tiene como segundo problema jurídico que este ad quem deberá establecer, si es procedente la orden de tratamiento integral en el caso bajo examen y si vía tutela puede ordenarse el recobro de los insumos correspondientes, que no estén expresamente incluidos en el plan de beneficios.

Se procede a dilucidar lo anterior.

a. El derecho a la salud y el trámite de renovación de registro sanitario.

Sobre el particular, en tratándose del derecho a la salud, como un derecho autónomo, ha recordado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

> <<2.2.1 El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud
>
> La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad."[1]
>
> Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)."[2] (...)
>
> Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, cuando define la seguridad social como "... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)".
>
> En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[4].
>
> Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[5], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[6]

> Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto sólo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal. (...)
>
> En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. (...)
>
> En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de los beneficiarios del sistema de salud. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y éste puede ser protegido por la acción de tutela>> (Corte Constitucional, Sentencia T-161/13, marzo 22 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Descendiendo al caso que nos ocupa, se tiene que el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, dada la patología que padece y la edad que tiene (59 años) ya cercana de la tercera edad. No hubo discusión estricta respecto del cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en reclamación de prestaciones médicas no incluidas en el plan de beneficios o POS, que básicamente son 4 y han sido señalados por la jurisprudencia constitucional. En el fallo de primera instancia, sólo hubo alusión a la discusión jurídica respecto de la procedencia de la acción de tutela para ordenar la entrega de un insumo médico que no tiene registro sanitario INVIMA.

Cabe señalar que en el presente caso hay una discusión de raigambre constitucional en torno a que la jurisprudencia ha señalado algunos requisitos para acceder a la entrega de medicamentos sin registro sanitario INVIMA, vía tutela, y frente a ello, el argumento de que no basta con que este servicio sea prescrito por el médico tratante, sino que debe obedecer su prescripción a los distintos criterios médicos sobre el particular. Considera este ad quem, que la solicitud del impugnante frente a este aspecto no fue fundamentada jurídicamente, sin embargo, percibe este juzgador que la situación relativa al insumo ordenado por el médico tratante no es la propia de un medicamento que no cuenta con registro sanitario, sino de un medicamento que se encuentra en trámite de renovación del registro INVIMA con el que ya cuenta. En ese sentido es necesario poner de presente, en primer lugar, que al verificarse los registros sanitarios dentro de la página web del INVIMA, y diligenciados los campos que solicita, con fundamento en la información que se observó en la contestación de la tutela, se observó en el link http://consultaregistro.invima.gov.co:8082/Consultas/consultas/consreg_encabcum.jsp

que el registro sanitario del medicamento CACIPLIQ20 (nombre comercial) se encuentra aún EN RENOVACIÓN.

En igual sentido, se observó en el siguiente enlace: https://www.invima.gov.co/claridad-sobre-la-vigencia-de-los-registros-sanitarios-en-tramite-de-renovacion una circular que es posible descargar y cuyo aparte pertinente reza textualmente:

> <<El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - Invima, Autoridad Reguladora Nacional de Referencia Regional, se permite aclarar lo siguiente sobre el trámite de renovación de registros sanitarios y los documentos asociados - certificados de venta libre (CVL) de medicamentos:
>
> Los productos con registro sanitario emitidos por el Invima cuyo trámite de renovación se haya presentado dentro del plazo previsto en el Decreto 677 de 1995, esto es, tres (3) meses antes a la fecha de su vencimiento, serán relacionados en el aplicativo de consulta como "en trámite renovación".
>
> **De conformidad con los términos del artículo 35 del Decreto Ley 019 de 2012, en el lapso de estudio por parte del Invima de una solicitud de renovación, la vigencia del correspondiente registro sanitario se entenderá prorrogada, y el producto podrá seguir siendo fabricado, importado y comercializado, hasta tanto se produzca la decisión de fondo por parte de la entidad.**
>
> En el marco de lo establecido en la normatividad señalada anteriormente, el Invima emite Certificados de Venta Libre relacionando en el estado del registro sanitario la expresión "vigente" e incluyendo la nota aclaratoria sobre la prórroga o extensión de la vigencia del registro sanitario, aun cuando la fecha de vencimiento inicialmente prevista haya ocurrido respecto del mismo>>. (resalta el juzgado).

Al revisarse, además, el contenido del artículo 35 del Decreto 019 de 2012, se tiene que reza textualmente:

> <<ARTÍCULO 35. Solicitud de renovación de permisos, licencias o autorizaciones. Cuando el ordenamiento jurídico permita la renovación de un permiso, licencia o autorización, y el particular la solicite dentro de los plazos previstos en la normatividad vigente, con el lleno de la totalidad de requisitos exigidos para ese fin, la vigencia del permiso, licencia o autorización se entenderá prorrogada hasta tanto se produzca la decisión de fondo por parte de la entidad competente sobre dicha renovación>>.

Conforme lo expuesto hasta aquí, se entiende entonces que pese a que el a quo no lo refirió, en el presente caso no habría lugar a mayor disquisición, toda vez que el producto del cual el impugnante espera se niegue su entrega sigue teniendo licencia para importación y venta y por ahora su registro sanitario se entiende vigente mientras no exista una decisión de fondo sobre la renovación de su registro. De tal manera que no hay razón suficiente para revocar el fallo de tutela en relación a este aspecto.

b. El tratamiento integral, procedencia y obligaciones indeterminadas.

La mayor inconformidad de la parte impugnante tiene que ver con la consideración de que el a quo le ha dado una orden indeterminada, desconociéndose si a futuro, podría tratarse de medicamentos o insumos expresamente excluidos, o de aquellos que no se encuentren expresamente incluidos en el plan de beneficios, conocido como el POS; lo anterior, además, fundamentado en el hecho de que se ha creado por vía legal un presupuesto máximo conforme lo establecido en la Resolución 586 de 2021.

Conviene a este respecto recordar los planteamientos que ha hecho la jurisprudencia constitucional:

> <<107. De igual manera, con el propósito de superar los problemas persistentes en el acceso a los servicios médicos que, pese a no estar incluidos o hallarse excluidos del antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS), eran requeridos por los pacientes, se produjo una modificación legislativa de gran importancia. Así, mediante la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, y particularmente de su artículo 15, se definieron los siguientes contenidos normativos[306]:
>
> (i) Se parte de la premisa según la cual el SGSSS debe garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías a partir de una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, prevención, paliación y atención de la enfermedad, así como la rehabilitación de sus secuelas.
>
> En tal sentido, es indispensable destacar que, de conformidad con el artículo 8° de la LES, "[l]os servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa (...) con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador".
>
> (ii) La prohibición de destinar recursos públicos asignados a la salud para financiar servicios y tecnologías en los cuales se advierta alguno de los siguientes criterios:
>
> a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
>
> b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
>
> c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
>
> d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
>
> e) Que se encuentren en fase de experimentación;
>
> f) Que tengan que ser prestados en el exterior.
>
> (iii) Los servicios y tecnologías que cumplan los anteriores criterios, deberán ser excluidos explícitamente por el Ministerio de Salud o la autoridad competente que asigne la ley ordinaria. Para tal efecto, se deberá adelantar de forma previa un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente[307].
>
> (iv) Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto ni ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.
>
> (v) Para ampliar progresivamente los beneficios, la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

108. En este sentido, de conformidad con la citada disposición, únicamente serán objeto de exclusión las prestaciones y tecnologías que cumplan con los criterios señalados anteriormente y una vez se surta el procedimiento técnico-científico y participativo previamente referido. Así las cosas, los demás servicios y procedimientos orientados a la promoción de la salud, a la prevención, paliación y atención de la enfermedad, así como a la rehabilitación de sus secuelas, deben estar cubiertos por el SGSSS.

De este modo, el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC se compone de un conjunto de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud y al cual tienen derecho todos los afiliados al SGSSS, en todas las fases de la atención, para todas las enfermedades y condiciones clínicas. Con ello, se procura evitar que trámites de carácter administrativo se conviertan en barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud.
En todo caso, se debe resaltar que las tecnologías que no se sufragan con cargo a la UPC no se consideran exclusiones, pues estas últimas son las señaladas de conformidad con los criterios previstos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, contenidas actualmente en la Resolución 244 de 2019[308].

Mecanismos de financiamiento de servicios de salud[309]

109. Las prestaciones y tecnologías que se financian con cargo a los recursos públicos se estructuran en dos categorías distintas, sin que ello afecte, en ningún caso, la integralidad de la atención en salud, de conformidad con lo previsto por el artículo 8°. En este sentido, las fuentes de financiación no deben afectar en la garantía adecuada y completa del derecho a la salud, pues aunque una prestación o tecnología se financie con cargo a una determinada fuente, siempre que no se encuentre excluida, se entiende incluida en el Plan de Beneficios en Salud.

Por una parte, (i) los servicios incluidos en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación[310] (PBSUPC) –mecanismo de cobertura colectiva– y, por otra (ii) aquellos beneficios que no se financian por medio de los recursos destinados a la UPC, que deben ser prescritos por el médico tratante a través del aplicativo MIPRES –mecanismo de cobertura individual–. En este último caso, aunque los servicios no son sufragados por dicha prima de aseguramiento, anteriormente eran asumidos por el Estado mediante la modalidad de recobro. No obstante, desde el 17 de febrero de 2020[311], se estableció el denominado "presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud" no financiados con cargo a la UPC.

Para ambas categorías, el Legislador creó el Fondo de Garantía y Solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud[312], cuya administración se encargó a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) con ocasión de la expedición de la Ley 1753 de 2015[313].

Es pertinente anotar que esta Corporación ha definido la UPC como "la prima del seguro en el Sistema de Seguridad Social en Salud, esto es, el monto percibido anualmente por las Empresas Promotoras de Salud (EPS) como un valor fijo por cada afiliado, con un ajuste según edad, género y ubicación geográfica y que además es complementado con las cuotas moderadoras y los copagos de los afiliados. La finalidad de la UPC es garantizar que esas entidades cuenten con los recursos necesarios para la prestación y administración de los servicios definidos en el POS[314]"[315]. En la actualidad, el pago de la prima de aseguramiento se encuentra a cargo de la ADRES, por mandato del literal a, inciso 2º, artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

110. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala colige que el financiamiento de una prestación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que se encuentre incluida en el Plan de Beneficios, puede darse de dos formas: (i) mediante la UPC, que garantiza el acceso a todos los afiliados a los servicios propios del Plan de Beneficios con cargo a esta prima de aseguramiento; y (ii) a través del presupuesto máximo para la financiación de servicios y tecnologías que no se sufragan con cargo a la UPC[316].
Si bien ambas fuentes de financiamiento se encuentran administradas por la ADRES, son independientes en tanto están dirigidas a propósitos diferentes. Por una parte, la UPC garantiza lo cubierto por el PBS para toda la población (protección colectiva o mancomunada) y, por otra, lo que no se incluye expresamente en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC pero que debe garantizarse al paciente en el caso particular y concreto (protección individual)>> (Corte Constitucional, Sentencia SU074/20, febrero 20 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Conforme a lo anterior, analizará este Despacho si se han reunido los elementos jurisprudenciales para que se efectúe en sede de tutela la orden de tratamiento integral. Para tal efecto, recuérdese lo señalado por la guardiana de la Constitución:

> <<Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con "independencia del origen de la enfermedad o condición de salud". En concordancia, no puede "fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario". Bajo ese entendido, ante la 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".
>
> En concordancia, la Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el control de constitucionalidad a la Ley 1751 de 2015, determinó que el contenido del artículo 8º implica que "en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de aquellos cubiertos por el Estado, esta se decanta a favor del derecho" y cualquier incertidumbre se debe resolver en favor de quien lo solicita. En concordancia, el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando "todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no"[19]. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir "prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"[20].
>
> Es importante precisar que en el proyecto de la Ley Estatutaria el mencionado artículo 8º contenía un parágrafo, según el cual se definía como tecnología o servicio de salud aquello "directamente relacionado" con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Mediante la Sentencia C-313 de 2014 se estudió esta disposición, se puso de presente que en criterio de algunos intervinientes esta podría "comprometer la prestación de servicios usualmente discutidos en sede de tutela", entre estos el "financiamiento de transporte". Al respecto, la Corte señaló que, en efecto, implicaba una limitación indeterminada de acceso, en contradicción con los artículos 2º y 49 Superiores y, por consiguiente, la declaró inexequible
>
> En concordancia, recientemente en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 se precisó que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. Así como para garantizar el acceso efectivo. (...)
> Tratamiento integral. Condiciones para acceder a la pretensión
>
> El tratamiento integral tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante[43]. "Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos"[44]. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en "asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes"[45].
>
> **Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente[46]. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con**

discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que "exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas"[47].

El juez constitucional en estos casos debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior. (Corte Constitucional, Sentencia T-259/19, junio 6 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

Referido lo anterior, este juez considera que, en el presente asunto, el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, como se dijo, por la edad que tiene y por el padecimiento, del cual según sus manifestaciones (que no fueron desvirtuadas y que tienen sentido lógico), si no se efectúa tratamiento suficiente, podría derivar la condición de sus heridas en una amputación del pie o la pierna.

La EPS accionada considera no haber incurrido en ninguna negligencia al no hacer la entrega del medicamento, pues argumentó en su respuesta que este no tenía registro sanitario INVIMA; sin embargo, tal argumento se desdibuja si tenemos en cuenta la normatividad aplicable al caso de un registro sanitario que se encuentra en trámite de renovación, en conjunción con las reglas jurisprudenciales respecto de la entrega de insumos no POS o que no tengan registro INVIMA. Para éste Juez la EPS accionada hizo caso omiso a las directrices normativas y jurisprudenciales, por cuanto era viable la entrega del medicamento durante el trámite de renovación (pues por ahora su registro sanitario se entiende vigente mientras no exista una decisión de fondo), teniendo en cuenta, además, la condición especial del paciente. Tal situación fue obviada por la EPS accionada y es discutible su afirmación cuando expresa que no incurrió en negligencia alguna.

Con lo anterior, claramente es procedente la orden de tratamiento integral, puesto que está limitada a un diagnóstico o patología, y en todo caso, la entidad podría acceder al respectivo recobro de aquello que no haga parte de los planes de beneficios. La finalidad del tratamiento integral es que el usuario no tenga que acudir de nuevo al amparo constitucional para reclamar lo pretendido, que como se ha expuesto, no es una obligación indeterminada, sino que está delimitada por la patología objeto de la tutela. No se entiende cómo en la impugnación la parte accionada quiere hacer ver que se podría tratar en el futuro de la reclamación de un medicamento que no tenga relación directa con el estado de salud del paciente o que esté expresamente excluido, cuando el diagnóstico delimita una específica patología: Hipertensión Arterial con sus nefastas

consecuencias, entre ellas, la aparición de úlceras varicosas, que son siempre de difícil y peligroso manejo.

Naturalmente, por la naturaleza de la orden, los gastos que de ella derivan deberán ser asumidos por la EPS ACCIONADA, teniendo en cuenta, si es del caso, el presupuesto máximo transferido por la Nación – Ministerio de Salud y de la Protección Social. Debe la EPS recordar que el recobro es una facultad legal con la que cuenta, que no exige orden tutelar para ser realizado y opera con fundamento constitucional y legal y según los trámites administrativos a que haya lugar.

En suma, la respuesta al segundo problema jurídico planteado es AFIRMATIVA, por cuanto es procedente la orden de tratamiento integral en este caso; por lo tanto, se dispondrá CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE con las adiciones argumentativas aquí expuestas, el fallo confutado. Así mismo, se dispondrá dejar en libertad a la entidad accionada para que previas las actuaciones legales y administrativas a que haya lugar, recobre los valores que correspondan por el cumplimiento de la acción ante la entidad correspondiente ídem.

Por lo expuesto, el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GACHETÁ** (Cundinamarca), administrando justicia en nombre de la República y por mandato Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente el fallo de tutela proferido el 10 de noviembre de 2021, con las adiciones argumentativas hechas en este fallo, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca (Cundinamarca), conforme lo motivado ut supra.

SEGUNDO: DEJAR en libertad a la entidad accionada para que previas las actuaciones legales y administrativas a que haya lugar, recobre los valores que correspondan por el cumplimiento de la acción ante la entidad correspondiente ídem. Recordándole que el recobro es una facultad legal con la que cuenta, que no exige orden tutelar para ser realizado y opera según los trámites administrativos a que haya lugar.

TERCERO: COMUNICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.