

JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE
CONTROL DE GARANTÍAS DE DUITAMA
PALACIO DE JUSTICIA
CARRERA 15 N° 15-23 OFICINA: 203 PISO 2
Email: jo3pmpalguiduitama@cendojramajudicial.gov.co

Sentencia No. 016

Ref. ACCIÓN DE TUTELA

| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|-------------|-------|---|-----------|---|---|---------|---|---------------------|---|---|---|-----|---|---|-------------|---|---|---|---|---|---|
| RAD TYBA | 1 | 5 | 2 | 3 | 8 | 4 | 0 | 8 | 8 | 0 | 0 | 3 | 2 | 0 | 2 | 4 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 |
| | Dpto. | | Municipio | | | Entidad | | Unidad Receptora | | | | Año | | | Consecutivo | | | | | | |

RADICADO INTERNO: 152384088003202400106-00

Duitama, marzo veintiséis (26) de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO POR TRATAR

Procede el Despacho a decidir en primera instancia la Acción de Tutela instaurada por el señor **LEONARDO DÍAZ DÍAZ**, en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN COMPENSAR EPS representada por quien legalmente haga sus veces, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, dignidad humana.

HECHOS DE LA TUTELA

- (i) Indica el actor que tiene 42 años, se encuentra afiliado al régimen contributivo em COMPENSAR EPS y es diagnosticado con ESCLEROSIS MÚLTIPLE (ENFERMEDAD HUÉRFANA).
- (ii) Señala que la patología diagnosticada está clasificada como enfermedad huérfana de acuerdo con la Ley 1392 del 2010, pues se define como **“aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor a 1 por cada 2000 personas”**.
- (iii) Indica que como tratamiento para su enfermedad, el médico tratante le formuló el medicamento CLADRIBINA, el cual es indispensable y no ha sido suministrado pues su prestadora indica que no se encuentra notificado en el Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública – SIVIGILA, lo que debió haberse realizado por parte de la IPS CAYRE y de la E.P.S COMPENSAR.
- (iv) Señala además que no ha podido acceder a una nueva cita de neurología desde el 15 de enero de 2024 la cual ha solicitado en la IPS CAYRE (sede Tunja).
- (v) Por lo anterior, señala que radicó queja ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el día 15 de enero de 2024, a la cual le correspondió el radicado No. 20242100000472982 y queja en la defensoría del pueblo el día 18 de enero de 2024 con radicado 20240040500123714 y ante la procuraduría con radicado E-2024-035108, sin que haya obtenido respuesta.

- (vi) Aunado a lo anterior, señala que ha enviado correos al Instituto Nacional de Salud esperando que den respuesta de que la E.P.S si realizó la notificación, sin que se obtenga respuesta.
- (vii) Señala que ha encontrado múltiples barreras de acceso a los servicios de salud que requiere para el tratamiento de su enfermedad, lo cual considera que va en contravía y vulneran los principios consagrados en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, como lo son: disponibilidad, accesibilidad, oportunidad y continuidad.

PETICIÓN

Por lo relatado, la accionante solicita:

“PRIMERA: TUTELAR MIS derechos constitucionales fundamentales a la SALUD, VIDA, SEGURIDAD SOCIAL y DIGNIDAD HUMANA.

SEGUNDA: Se ORDENE a COMPENSAR EPS Y A LA IPS CAYRE, realizar la notificación de mi enfermedad huérfana, ESCLEROSIS MÚLTIPLE, en el Sistema Nacional de Vigilancia de Salud Pública SIVIGILA, de manera inmediata, sin más dilaciones y excusas administrativas y/o burocráticas, teniendo en cuenta que la falta de este trámite se convirtió en una barrera para acceder al tratamiento.

TERCERO: Se ORDENE a COMPENSAR EPS la entrega de manera INMEDIATA del medicamento denominado: CLADRIBINA, de acuerdo con la orden médica, esto para el manejo de la ESCLEROSIS MÚLTIPLE, en esta y en las demás oportunidades en que el especialista lo determine.

CUARTO: Se ORDENE a COMPENSAR EPS la AUTORIZACIÓN Y MATERIALIZACIÓN de la cita de control con neurología, sin más dilaciones y excusas administrativas y/o burocráticas.

QUINTO: Se ORDENE a COMPENSAR EPS, garantizar y materializar el TRATAMIENTO INTEGRAL, teniendo en cuenta el tipo de patología que padezco, ESCLEROSIS MÚLTIPLE, (ENFERMEDAD HUERFANA), de acuerdo a la Ley 1751 de 2015 y la Ley 1392 de 2010 partiendo de que se trata de una enfermedad catastrófica y que requiere de controles periódicos.”

ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con el Decreto 2591 de 1991, mediante providencia de fecha once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022), este Despacho Judicial admitió la acción de tutela y en la misma ordenó notificar y correr traslado a **COMPENSAR CAJA DE COMPENSACIÓN y EPS**, representada por quien legalmente haga sus veces y se dispuso la vinculación en calidad de terceros con interés en el trámite a la **IPS CAYRE, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES- y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, para que en un término Improrrogable de dos (02) días contados a partir del recibo de la comunicación se sirviera dar respuesta y allegara las pruebas que considerara pertinentes. Así mismo en la misma providencia se negó la medida provisional deprecada.

Una vez notificadas las partes, las entidades accionadas allegaron su escrito de contestación del amparo invocado, dentro del término otorgado, así:

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD –INS-

PAULA ANDREA ARENAS SOTO, jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Nacional de Salud allega respuesta al amparo invocado señalando que respecto a los hechos que

fundamentan la presente acción constitucional, se infiere que en su mayoría se tratan de actuaciones o consideraciones respecto a la autorización y materialización de consultas, procedimientos y medicamentos ordenados por el profesional tratante que requiere la accionante, por lo considera que el Instituto no tiene competencias y en consecuencia no es posible manifestarse frente a los mismos, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad demandada y según lo estipulado en los Decretos 4109 de 2011 y Decreto 2774 de 2012.

Señala además que dentro de sus funciones tiene la operación del Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública – SIVIGILA, que incluyó a partir del 2016 la notificación de casos nuevos de las enfermedades huérfanas confirmadas por clínica o por laboratorio de acuerdo con el listado de enfermedades (Resolución 023 de 2023) y los criterios de confirmación diagnóstica definidos por el Ministerio de Salud. Aduce además que el diagnóstico de esclerosis múltiple sí está incluido en la lista de enfermedades huérfanas que se deben notificar a SIVIGILA.

Agrega que conforme a lo establecido en el artículo 2 de la resolución 946 de 2019 y en el protocolo de vigilancia en salud pública de enfermedades huérfanas emitido por el Instituto Nacional de Salud, los responsables de la notificación de los casos de enfermedades huérfanas al SIVIGILA son la IPS donde se realiza la confirmación del diagnóstico, o la EPS a la que se encuentra afiliado el paciente.

Señala que una vez verificado en su sistema, al señor Leonardo Díaz Díaz le fue notificado a SIVIGILA con diagnóstico de: Esclerosis sistémica cutánea difusa e ingresó a la base de datos nacional el 16 de enero de 2024. No obstante señala que es probable que se haya presentado un error en la notificación, pues pudo remitir notificación de enfermedad diferente a la que indica en el amparo. Por lo anterior señala que envió a través de correo electrónico solicitudes a la EPS y a la IPS para que verifiquen el diagnóstico y en caso de ser necesario hagan el ajuste de la información, hasta la fecha no se ha recibido respuesta ni se evidencia el ajuste en la base de datos. Aclara que remitió las solicitudes el veinticuatro (24) de enero, el 19 de febrero, el 1 de marzo y el 11 de marzo de 2024 y adjunta prueba de dicha remisión.

Así las cosas se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas por el accionante.

RIESGO DE FRACTURA S.A. – CAYRE IPS

DANIEL FERNANDO HERNÁNDEZ VEGA, apoderado especial de la encartada, allega escrito de respuesta a la demanda de tutela señalando que se atiene a lo que logre ser probado en el trámite y señala que no se ha incumplido ninguna obligación legal o contractual, y contrario a ello, señala que el usuario cuenta con la respectiva notificación al SIVIGILA, no obstante el medicamento requerido ya no requiere MIPRES, por tanto remite fórmula actualizada.

Indica que para la consulta por la especialidad en neurología, el accionante ya cuenta con cita programada para el 24 de abril de 2024, siendo éste el cupo más cercano que tienen en el momento para la sede de TUNJA, teniendo en cuenta que la última cita que tuvo el accionante fue el pasado 10 de enero del 2024.

Considera que la acción constitucional resulta improcedente respecto a su representada, toda vez que **RIESGO DE FRACTURA S.A. – CAYRE IPS** a la fecha no ha incurrido en violación de derecho fundamental alguno respecto del extremo accionante. En consecuencia, no hay lugar a configurarse ninguna vulneración constitucional.

Con fundamento a las consideraciones expuestas a lo largo del presente documento, se opone a que se declare la vulneración de los derechos fundamentales reclamados por el extremo activo, en los términos descritos en la acción de tutela promovida y solicita su desvinculación.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES-

JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO obrando conforme al poder conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica ADRES señala que de acuerdo a la normativa expuesta y los supuestos fácticos de la demanda, la prestación e los servicios de salud que requiere el accionante le compete únicamente a la Entidad Prestadora de Servicios de Salud a la que se encuentre vinculado y, consecuentemente, la prestación de los servicios que requiera para el tratamiento de su enfermedad.

Señala que el artículo 10 de la Resolución 205 de 2020, establece que la financiación de los medicamentos que requieran las personas diagnosticadas con una enfermedad huérfana por primera vez, durante la vigencia del presupuesto máximo, será asumida por ADRES, siempre y cuando el paciente esté registrado en el Sistema de Vigilancia en Salud Pública -SIVIGILA y del Instituto Nacional de Salud. Indica que realizada la consulta, el medicamento CLADRIBINA se encuentra financiado con recursos de la UPC y, aunado a ello, cuenta con financiación de presupuestos máximos otorgados previamente a la EPS, por tanto no hay lugar a recobro de la prestadora.

Ahora bien, respecto a la legitimación en la causa por pasiva, ADRES no es la llamada a realizar el registro ni tampoco notificar al Sistema de Vigilancia de Salud Pública SIVIGILA las enfermedades huérfanas, porque tal como se menciona en el Decreto 3518 de 2006 la implementación y desarrollo del sistema se encuentra a cargo de Ministerio de la Protección Social, el Instituto Nacional de Salud, y el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, las Direcciones Departamentales, Distritales y municipales de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud, las Unidades Notificadoras y las Unidades Primarias Generadoras de Datos.

Por lo anterior, se solicita al Despacho NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues la entidad que representa no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

PAUL GIOVANNI GÓMEZ DIAZ en calidad de Subdirector Técnico, adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud alega la inexistencia de nexo causal entre la presunta violación de derechos fundamentales invocados por la parte accionante y los deberes que tiene a cargo la Superintendencia Nacional de Salud, toda vez que se reclaman servicios a cargo de la Entidad Promotora de Salud encargada del garantizar el aseguramiento al acceso a los servicios de salud, razón por la cual considera que no existe legitimación en la causa por pasiva.

Así las cosas, solicita al despacho desvincule a la Superintendencia Nacional de Salud, teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a esta entidad, dado que los fundamentos fácticos esbozados por la parte accionante se encuentran a cargo de su aseguradora, quien deberá pronunciarse de fondo sobre la prestación de los servicios requeridos.

Señala que en relación con las manifestaciones realizadas por la parte accionante en escrito de tutela, dicha Subdirección Técnica de Defensa Jurídica, dio traslado por competencia de la PQR NO. 20242100000472982 a la Dirección de Inspección y Vigilancia Para la Protección Al Usuario, con el fin de que se adelanten las acciones de inspección y vigilancia a las que haya lugar.

Así las cosas solicitan se declare la inexistencia del nexo causal entre la presunta vulneración de derechos fundamentales incoados por la parte accionante y la Superintendencia Nacional de Salud, se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y se desvincule a la entidad.

COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD

LEYDI LORENA CHARRY BENAVIDES, en calidad de apoderada judicial de la prestadora allega en término respuesta a la tutela invocada, en la que señala que el accionante se encuentra afiliado y activo en el régimen subsidiado de salud. Que la EPS la cual representa ha prestado de manera oportuna todos lo servicios a que tiene derecho como afiliado, procedimientos autorizados en debida forma.

Respecto a la notificación de la enfermedad huérfana, señala que la orden médica vía MIPRES No. 20231201199037454152 emitida por el médico MARCO AURELIO REYES GUERRERO se encuentra en validación no exitosa por la no notificación de parte de SIVIGILA, por tanto se está realizando la validación con el sistema para lo pertinente.

Respecto a la consulta por NEUROLOGÍA se encuentra tramitando la misma con la respectiva prestadora y, en relación con el tratamiento integral, considera que se han prestado los servicios que requiere el accionante, de acuerdo a la solicitud de su médico tratante y las coberturas establecidas.

Considera que COMPENSAR EPS ha realizado todas las gestiones para autorizar los servicios requeridos por el usuario, así se evidencia que **no se han configurado motivos que lleven a inferir que la EPS que represento haya vulnerado o vaya a vulnerar o negar servicios al usuario en un futuro**, violando de esta manera uno de los principios generales del derecho denominado el principio de Buena Fe.

Así las cosas, peticiona se decrete la improcedencia de la tutela interpuesta por LEONARDO DÍAZ DÍAZ y se abstenga de ordenar el tratamiento integral pues no se ha omitido ninguna obligación de prestar los servicios de salud a favor del actor.

SÍNTESIS DEL RECAUDO PROBATORIO

ACCIONANTE:

Documentales:

1. La Acción de Tutela
2. Anexos
3. Informe

ACCIONADAS

EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD COMPENSAR

Documentales:

1. Contestación Acción de Tutela
2. Anexos

RIESGO DE FRACTURA S.A. CAYRE IPS

Documentales:

1. Contestación Acción de Tutela
2. Anexos

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

Documentales:

1. Contestación Acción de Tutela
2. Anexos

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES-

Documentales:

3. Contestación Acción de Tutela
4. Anexos

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Documentales:

1. Contestación Acción de Tutela
2. Anexos

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Acción de Tutela fue instituida en el Art. 86 de la Constitución vigente a partir de 1991, la cual trata de un mecanismo judicial, que garantiza a toda persona la protección inmediata de sus Derechos Fundamentales, artículo éste que fue reglamentado por los Decretos 2591/91, 306/92 y 1382/00, señalando con claridad, porqué, para qué, pueden los ciudadanos valerse de este nuevo mecanismo específico, directo y subsidiario.

El artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, en desarrollo del artículo 86 de nuestro Estatuto Superior, contempla la naturaleza de la Acción de Tutela, estableciéndola como un mecanismo para la protección de los derechos fundamentales de carácter sumario y subsidiario, que ésta procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar, cualquiera de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

- (i) ¿Existe vulneración al derecho fundamental a la salud del señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ por parte de su entidad prestadora de servicios de salud COMPENSAR así como la IPS CAYRE y el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, al no realizar en debida forma la notificación e inscripción de la enfermedad huérfana que padece en el sistema SIVIGILA?
- (ii) ¿Existe vulneración al derecho fundamental a la salud del accionante por parte de COMPENSAR EPS toda vez que no se ha procedido a entregar el medicamento CLADRIBINA conforme a la prescripción médica?
- (iii) ¿Procede el reconocimiento del tratamiento integral en el presente caso?
- (iv) ¿Existe la carencia actual de objeto por hecho superado en el presente caso, debido a que ya se programó cita por NEUROLOGÍA a favor del actor en la IPS CAYRE?

Procedencia de la acción

Legitimación activa: El artículo 86 Superior establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección

inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares, en los casos específicamente previstos por el legislador.

En el caso sub-examine, el señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ en nombre propio, activa la jurisdicción constitucional en defensa de los derechos fundamentales de su agenciado, a la salud de manera integral, así como a la vida en condiciones dignas, razón por la cual se encuentra plenamente legitimada para incoar la presente acción.

Legitimación pasiva: El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. A su vez, el artículo 86 superior prevé que la acción de tutela es procedente frente a particulares cuando: a) estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, b) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; o c) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular. La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante una pretensión de contenido material.

Bajo los términos precitados y al tenor de lo dispuesto por el artículo 42 numeral 4 del Decreto 2591 de 1991, **COMPENSAR E.P.S. RIESGO DE FRACTURA S.A. CAYRE I.P.S., INSTITUTO NACIONAL DE SALUD**, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos en discusión, se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente asunto. Respecto a los demás accionados SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, este despacho no encontró actuación alguna que ya sea por acción u omisión permitiera inferir una trasgresión a los derechos fundamentales de la accionante, por ello se dispondrá su vinculación por no encontrarse legitimados para actuar dentro del presente trámite.

Inmediatez: este requisito hace referencia al término en el cual debe ejercerse la acción para reclamar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. Se ha considerado que este se contabiliza a partir del hecho identificado como vulnerador y supone que la solicitud de amparo se efectuó en un término prudencial y razonable, ya que la tutela *“no puede tornarse en instrumento para suplir las deficiencias, errores y descuidos de quien ha dejado vencer términos o permitido la expiración de sus propias oportunidades de defensa judicial o de recursos, en cuanto, de aceptarse tal posibilidad, se prohiaría el desconocimiento de elementales reglas contempladas por el sistema jurídico y conocidas de antemano por quienes son partes dentro de los procesos judiciales, se favorecería la pereza procesal y se haría valer la propia culpa como fuente de derechos”*.

De forma reiterada ha sostenido la Corte que no existe un término de caducidad de la acción de modo que el cumplimiento de este requisito debe ser analizado en cada caso y dependerá de sus particularidades.

En el asunto bajo estudio, se estableció que el 1 de diciembre de 2023 el médico tratante del señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ le formuló el medicamento CLADRIBINA. De igual manera informa que 15 de enero de 2024 le programaron consulta por neurología en la IPS CAYRE y que ha solicitado en distintas oportunidades al INSTITUTO NACIONAL DE SALUD el reporte de su enfermedad huérfana, hecho que, como lo menciona la vinculada, ocurrió el 16 de enero de 2024. Debido a que la acción de tutela se interpuso el día 11 de marzo de 2024, lapso razonable, por ende se acredita el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad: se deriva del carácter residual de la acción de tutela, en virtud del cual es viable acudir al amparo cuando el reclamante ha agotado todos los medios de defensa que tenía a su alcance, salvo que dichos mecanismos no fuesen idóneos o eficaces, o se esté ante la inminencia de un perjuicio irremediable. Es importante resaltar, que esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental, por lo que no pueden conceder la protección si no existe una prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental.

En la sentencia de la H Corte Constitucional T-066 de 2002, la corporación afirmó que no se puede recurrir al amparo constitucional sobre la base de actos que no se han proferido, pues no solo se estaría violando el debido proceso de las entidades públicas, sino que también se estaría vulnerando uno de los fines esenciales del estado como es asegurar un orden justo.

De igual manera la providencia SU-975 de 2003, sostuvo que debe existir una acción u omisión que vulnere el derecho fundamental. Así mismo, el fallo T-130 de 2014, expresó que *“no se puede permitir que se acuda al amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas y que por tanto no se hayan concretado en el mundo jurídico”*.

La alta corporación en la decisión T-174 de 2015, concluyó que, si no media una solicitud previa de la prestación de los servicios a la entidad accionada, la petición de amparo es improcedente. En la misma línea, la sentencia T-115 de 2018, expuso que la carga probatoria sobre la vulneración del derecho reposa en cabeza del accionante, pues si no es posible determinar que la conducta objeto del reproche efectivamente se realizó y que con ella se vulneraron derechos fundamentales, la consecuencia es declarar improcedente la acción de tutela.

De las pruebas aportadas al plenario, en el presente caso se observa que desde el 01 de diciembre de 2023 el señor LEONARDO DÍAZ ha requerido la prestación de distintos servicios de salud a su prestadora con el fin de buscar el tratamiento a su enfermedad, tales como la entrega del medicamento CLADRIBINA, la programación de consulta por NEUROLOGÍA y la inclusión de sus datos en el sistema SIVIGILA. En ese orden, se hará el estudio del problema jurídica planteado.

Antes de abordar el caso concreto, se hará un análisis de (i) derecho a la salud y principio de integralidad; ii) competencia de las entidades promotoras de salud EPS/S; (iii) La especial protección constitucional de las personas que padecen enfermedades huérfanas; (iv) Carencia actual del objeto - hecho superado y iv) el caso concreto.

(i) Derecho a la salud y principio de integralidad

La Constitución Política consagra el derecho a la salud en el artículo 49 estableciendo que: “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

La noción de salud tiene una doble connotación, como servicio público y como derecho, siendo ambos enfoques dependientes el uno del otro. El servicio público de salud constituye la estrategia estatal encaminada a la realización del derecho subjetivo. Por lo cual, la salud como servicio público está a cargo del Estado y éste es quien tiene la obligación de organizar, dirigir, reglamentar y establecer las políticas públicas tendientes a que las personas privadas y las entidades estatales de los diferentes órdenes, presten el servicio para que el derecho sea progresivamente realizable.

De acuerdo con la Constitución Política y la Ley 100 de 1993, la prestación del servicio de salud debe realizarse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El carácter

de universalidad, señala que el derecho a la salud es accesible a todas las personas sin ningún tipo de distinción, el carácter de eficacia implica que la prestación del servicio de salud debe hacerse de acuerdo a un manejo adecuado de recursos.

En el mismo sentido, los artículos 2, 153 y 156 de la mencionada ley, consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros: la prestación del servicio de calidad, de forma continua, integral y garantizando la libertad de escogencia. Así, la prestación de servicio a la salud se debe prestar en condiciones de integralidad, por lo cual se debe garantizar a los usuarios del sistema, una atención que implica la prestación con calidad, oportunidad y eficacia en las fases previas, durante y posteriores a la recuperación del estado de salud, por lo cual los afiliados tendrán derecho a la atención preventiva, médico quirúrgica y los medicamentos esenciales que ofrezca el Plan Obligatorio de Salud.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha determinado el alcance del principio de integralidad, en la sentencia T-574 de 2010, así:

“(...) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento”.

Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad.

(ii) Competencia de las entidades promotoras de salud EPS/S

El Ministerio de salud, mediante la Resolución 163 del 21 de febrero de 2021 actualizó integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación -UPC, que deberán ser garantizados por las EPS, o por las entidades que hagan sus veces, a los afiliados al SGSSS, en el territorio nacional, en las condiciones de calidad establecidas por las normas vigentes, a partir del 1 de enero de 2021.

Entre los principios que deben observar las EPS, en el cumplimiento de su obligación de garantizar las atenciones en servicios de salud, cuyo alcance se encuentra en el artículo tercero de la Resolución 2481 de 2020, destacamos el principio de integralidad, territorialidad, complementariedad, transparencia, competencia, calidad, universalidad, eficiencia, precisando que, dichos principios deben ser comprendidos como complementarios a los

¹ Sentencia T-179 de 2000, T-988 de 2003, T- 568 de 2007, T-604 de 2008 T-136 de 2004, T-518 de 2006, T-657 de 2008, T-760 de 2008 entre otras.

definidos en la Constitución Política, la ley y los que orientan el Sistema General de Seguridad Social.

El artículo octavo, por su parte, consagra un glosario de un conjunto de conceptos que son comunes y recurrentes en el sector de salud, los cuales, le permitirán al Juez determinar y establecer, en casos concretos, las obligaciones de las EPS frente a las solicitudes que presentan sus usuarios en diversos eventos y algunos eventos que no son financiados e incluidos en el Sistema General de Salud.

Acerca de los beneficios del Plan Obligatorio, señala el artículo quince que “Los beneficios en salud descritos en el presente acto administrativo [Resolución 2481 de 2020], deberán ser garantizados por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que reciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las enfermedades y condiciones clínicas, sin que trámites de carácter administrativo se conviertan en barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud.”

(iii) **La especial protección constitucional de las personas que padecen enfermedades huérfanas**

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza de las enfermedades huérfanas y las ha entendido de la mano de los criterios expertos del Ministerio de Salud y Protección Social. Así, en la sentencia T-402 de 2018 el órgano de cierre en materia constitucional refirió que:

“El artículo 2º de la Ley 1392 de 2010, modificado por el artículo 140 de la ley 1438 de 2001, define las enfermedades huérfanas como aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, las cuales se catalogan como enfermedades raras, ultra huérfanas y olvidadas.

El Ministerio de Salud y Protección Social ha precisado que las denominadas enfermedades raras son aquellas que afectan a un número pequeño de personas en comparación con la población general y que, por su rareza, plantean cuestiones específicas. Estas enfermedades se caracterizan por ser potencialmente mortales o debilitantes a largo plazo, de baja prevalencia y alto nivel de complejidad. La mayoría de ellas son enfermedades genéticas, otras son cánceres poco frecuentes, enfermedades autoinmunitarias, malformaciones congénitas o enfermedades tóxicas e infecciosas, entre otras categorías. Particularmente, las enfermedades ultra huérfanas son aquellas extremadamente raras, con una prevalencia estimada entre 0.1-9 por cada 100.000 personas. Por su parte, las enfermedades olvidadas o desatendidas son un conjunto de patologías infecciosas, muchas de ellas parasitarias, que afectan principalmente a las poblaciones en condición de extrema vulnerabilidad y con limitado acceso a los servicios de salud.”

Así, en los últimos años, mediante las providencias T-402 de 2018 y T-399 de 2017, la Honorable Corte ha reconocido la especial protección constitucional de las personas que padecen enfermedades huérfanas. Para la alta Corporación es evidente que la existencia de tales circunstancias ubica a las personas que padecen estas enfermedades en una situación de debilidad manifiesta pues el sistema de salud presenta una serie de obstáculos para su tratamiento, así como un constante estado de riesgo de deficiencias en su atención por la incertidumbre asociada a su enfermedad, como ha sido reconocido.

Ahora bien, los tratamientos correspondientes a las enfermedades huérfanas se realizan con cargo a la cuenta de alto costo de conformidad con el artículo 4º del Decreto 1954 de 2012, lo cual no implica que dichas patologías sean asimilables con las denominadas “enfermedades de

alto costo”, aunque en algunos pronunciamientos jurisprudenciales se les haya dado un trato equiparado.

Con la expedición de la ley estatutaria de salud, el ordenamiento jurídico ha reconocido también una especial protección para las personas que padecen enfermedades huérfanas y que, por tanto, requieren atención preferencial y calificada para sus patologías, así como el establecimiento de mejores condiciones de atención en salud. En este sentido, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 determinó:

“Artículo 11. Sujetos de Especial Protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (...)” (Subrayado propio)

Esta disposición reconoce que las personas que padecen una enfermedad huérfana son titulares de una especial protección constitucional que debe otorgar el Estado para garantizar la satisfacción de sus derechos. En sentencia C-313 de 2014 la Corte señaló sobre el particular:

“Así las cosas, no existe duda de que el precepto en estudio i) es una materialización de la protección reforzada que tanto el Texto Superior como la normatividad nacional e internacional han reconocido a los grupos vulnerables, la cual ii) propugna por la erradicación de la discriminación de los grupos poblacionales y personas menos favorecidas que se encuentran en las estructuras sociales y, iii) constituye una medida que el Estado adopta en favor de ellos, por ende, la Corte no encuentra reparo alguno frente a su constitucionalidad.”

Por tanto, la Corte ha avalado la calificación de ciertos sujetos o grupos poblacionales como sujetos de especial protección constitucional en materia de salud, entre ellos quienes han sido diagnosticados con enfermedades huérfanas.

En conclusión, las consideraciones en torno al derecho a la salud deben analizarse a la luz de la tutela reforzada que el Estado tiene respecto a las personas diagnosticadas con enfermedades huérfanas, debido a la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran dadas las características de sus patologías, las dificultades de su tratamiento y el riesgo al que se encuentra expuesta su vida e integridad.

(iv) Carencia actual del objeto - hecho superado.

Por su parte en Sentencia T-170/09, de la H. Corte Constitucional, indica: “La carencia actual de objeto por hecho superado, se da cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado”, en igual sentido refiere:

“No obstante, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto a que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”²

² Corte Constitucional. Tutela No. 167 de 18 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

El artículo 86 de la Carta Política consagra que toda persona puede reclamar ante los jueces la protección efectiva de sus derechos fundamentales, cuando los considere amenazados o vulnerados, ya sea por una entidad pública o privada, en ciertos eventos, a través de la acción de tutela, con el objetivo de que la autoridad imparta la orden correspondiente para conjurar la transgresión que se alega.

Ahora bien, puede presentarse el evento en el que la situación fáctica, que en un principio fue el motivo para promover la acción de tutela, se disperse o se modifique, conllevando el cese de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que inicialmente pudieron verse afectados. Luego, la pretensión planteada es satisfecha, desapareciendo de esta manera el objeto jurídico sobre el cual debía recaer la decisión del juez constitucional.

En efecto, así lo ha reiterado la Corte al señalar que:

“El objetivo de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, al Decreto 2591 de 1991 y a la doctrina constitucional, es la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental, presuntamente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley. En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce. No obstante lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde su eficacia y su razón de ser.”³

Bajo ese entendido, en el evento en que el juez se percate de que la situación fáctica que motivó la presentación de la acción ya no existe, en la medida en que desaparece la vulneración o amenaza del derecho fundamental, este debe proceder a declarar la existencia de un hecho superado, en lugar de impartir una orden que carezca totalmente de sentido.

(iv) Caso Concreto.

El señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ, en nombre propio interpone acción de al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, dignidad humana e integridad personal, por parte de la EPS COMPENSAR y LA IPS CAYRE – RIESGO DE FRACTURA S.A., por lo cual peticiona a las encartadas que se notifique la enfermedad huérfana que padece, esto es ESCLEROSIS MÚLTIPLE, en el SISTEMA NACIONAL DE VIGILANCIA DE SALUD PÚBLICA – SIVIGILA, se ordene a COMPENSAR la entrega inmediata del medicamento CLADRIBINA, la autorización y materialización de la cita de control con la especialidad de NEUROLOGÍA y el tratamiento integral de su enfermedad.

Así las cosas, se acredita en el plenario:

- (i) Que el señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ actualmente se encuentra afiliado a la EPS COMPENSAR en régimen subsidiado y estado activo.
- (ii) El accionante ha sido diagnosticado con la enfermedad ESCLEROSIS MÚLTIPLE.
- (iii) Para el tratamiento de su enfermedad le ha sido prescrito el medicamento CLADRIBINA 10MG/1U/ TABLETAS DE LIBERACIÓN NO MODIFICADA, así como consulta de control por neurología para la IPS CAYRE.
- (iv) De igual manera, se acredita en el plenario que se realizó el reporte de la enfermedad huérfana al SISTEMA NACIONAL DE VIGILANCIA DE SALUD PÚBLICA – SIVIGILA, el cual se realizó y fue notificado con error, toda vez que, al parecer, se reportó una enfermedad que no corresponde a la diagnosticada.

³ Sentencia T-495 de 2001.

- (v) Por lo anterior, el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD ha requerido en distintas oportunidades a la EPS COMPENSAR a fin de que se ajuste de manera prioritaria, el diagnóstico el cual fue ingresado de manera errónea, lo cual se prueba en trazabilidad de correos remitida a este despacho, siendo el último requerimiento el datado en fecha 11 de marzo del corriente año.
- (vi) Se acreditó que RIESGO DE FRACTURA IPS CAYRE, calendó consulta por NEUROLOGÍA para el día 24 de abril de 2024.
- (vii) A la fecha de proferirse decisión, no se acredita por parte de la prestadora de servicios de salud, la entrega del medicamento prescrito al señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ, el cual es objeto de tutela.

Así las cosas, este despacho considera que si bien una de las pretensiones incoadas por el actor ha sido superada, toda vez que se acredita la programación de consulta por control en NEUROLOGÍA, por parte de la IPS de la red de prestadores de COMPENSAR EPS, lo mismo no sucede con la entrega del medicamento CLADRIBINA 10MG/1U/ TABLETAS DE LIBERACIÓN NO MODIFICADA prescrito al señor LEONARDO DÍAZ DIAZ por parte de su médico tratante, pues no se acredita su entrega efectiva en el plenario, como tampoco se ha realizado la gestión pertinente para lograr el registro de la enfermedad huérfana en el SIVIGILA, pese a las reiteradas peticiones elevadas por parte del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD en fechas 24 de enero, 19 de febrero, 1 de marzo y 11 de marzo de 2024, razón por la cual se considera que no se cumplen los presupuestos para declarar que ha cesado la vulneración de los derechos a la salud y la integridad del demandante.

No puede desconocerse por parte de esta operadora judicial que el LEONARDO DÍAZ DÍAZ, requiere con urgencia la entrega de los medicamentos prescritos debido a la enfermedad catastrófica que padece, insumos que deben ser asumidos en su entrega por parte de la EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD COMPENSAR, pues en ella recae la obligación de suministrar todos los servicios que requiera el actor, atendiendo a su situación de sujeto de especial protección constitucional debido a su diagnóstico.

En consecuencia, se acredita en el plenario que existe una vulneración a los derechos fundamentales a la salud y la vida del señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ, por la conducta omisiva desplegada por parte de COMPENSAR EPS. En ese orden, este despacho dispondrá conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia, se ordenará a COMPENSAR E.P.S., que de manera inmediata y a través de cualquier IPS de su red de prestadora, realice la entrega formal y efectiva del medicamento CLADRIBINA 10MG/1U/ TABLETAS DE LIBERACIÓN NO MODIFICADA, conforme a la prescripción médica ordenada por el galeno especialista de su red de prestadoras.

Así mismo se ordenará a la EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD COMPENSAR, así como a RIESGO DE FRACTURA S.A. CAYRE IPS, adopten las medidas correspondientes, realizando las gestiones necesarias para suministrar la información pertinente y fidedigna al INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, con el fin de proceder a la notificación de la enfermedad huérfana que padece el señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ ante el SISTEMA NACIONAL DE VIGILANCIA DE SALUD PÚBLICA – SIVIGILA, sin que la anterior gestión supere el término de 10 días hábiles a partir de la notificación de la presente providencia.

Respecto al suministro del tratamiento integral, el mismo se negará habida cuenta que, si bien se evidencia que existe un incumplimiento en el suministro del medicamento a favor del señor LEONARDO DÍAZ, ello no es reiterativo ni caprichoso, pues las demás actuaciones desplegadas por parte de la prestadora han sido oportunas para autorizar los servicios requeridos a favor del demandante. No obstante, si se requerirá a la entidad accionada, a fin

de que en situaciones como la acontecida en el presente caso, y siendo de su resorte y competencia el brindar una atención médica oportuna a sus afiliados, se realicen las revisiones necesarias para evitar que se retarde la entrega de los insumos médicos requeridos por los pacientes, ya que la situación aquí presentada era perfectamente atendible desde un primer momento sin que se haya tenido que acudir a la tutela para su solución.

Por último y como se dijo en precedencia, se dispondrá la desvinculación de este amparo constitucional de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, LA ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** y al **MINISTERIO DE SALUD**, por cuánto no se acreditó incumplimiento alguno de sus obligaciones como tampoco actuaciones que vulneraran derechos fundamentales de la aquí accionante.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE DUITAMA,

R E S U E L V E:

PRIMERO: TUTELAR los Derechos Fundamentales a la salud e integridad personal de los cuales es titular el señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ identificado con cédula de ciudadanía No. 74'377.714, de conformidad a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante legal de **COMPENSAR EPS**, que, dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de este fallo, proceda a autorizar y entregar el medicamento **CLADRIBINA 10MG/1U/ TABLETAS DE LIBERACIÓN NO MODIFICADA**, conforme a la orden de servicios indicada por el médico tratante del señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ y sin exigirle al accionante trámites administrativos que obstaculicen el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud.

TERCERO: ORDENAR al Representante legal de **COMPENSAR EPS** y de **RIESGO DE FRACTURA S.A. CAYRE IPS** que, dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de este fallo, adopten las medidas correspondientes, realizando las gestiones necesarias para suministrar la información pertinente y fidedigna al **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD**, con el fin de notificar la enfermedad huérfana que padece el señor LEONARDO DÍAZ DÍAZ ante el **SISTEMA NACIONAL DE VIGILANCIA DE SALUD PÚBLICA – SIVIGILA**, sin que la anterior gestión supere el término de 10 días hábiles.

CUARTO: REQUERIR a las entidades accionadas, a fin de que en situaciones como la acontecida en el presente caso, y siendo de su resorte y competencia el brindar una atención médica oportuna a sus afiliados, se realicen las revisiones necesarias para evitar que se retarde la entrega de los insumos médicos requeridos por los pacientes, ya que la situación aquí presentada era perfectamente atendible desde un primer momento sin que se haya tenido que acudir a la tutela para su solución.

QUINTO: DESVINCULAR del presente trámite a **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, LA ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** y al **MINISTERIO DE SALUD**.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de impugnación ante los Juzgados Penales del Circuito (Reparto) de esta ciudad, el cual deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación (Art. 31 del Decreto 2591/91).

SÉPTIMO: REMITIR el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, a través de la Plataforma de Remisión de Tutelas de la Corporación, en caso de que la presente decisión no sea impugnada y de conformidad con los criterios establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LINO ARTEMIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
JUEZ

MAAN

Firmado Por:

Lino Artemio Rodriguez Rodriguez

Juez

Juzgado Municipal

Penal 003 Control De Garantías

Duitama - Boyaca

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: **a41ae5b6dc267f42cb1794d32ed34b6f28ff40b5ceb73a0befde4e900f8a4c90**

Documento generado en 26/03/2024 05:09:30 PM

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