



Facatativá, tres (3) de junio de dos mil veinte (2.020)

CLASE DE PROCESO:	ACCION DE TUTELA
ACTOR:	LUZ CIELO PALACIO MILLÁN
ACCIONADOS:	FAMISANAR EPS y FARMACIA CAFAM FACATATIVÁ
RADICACIÓN No:	25269204100320200028700

ASUNTO A DECIDIR:

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONANTE:

Recurre al trámite de la acción constitucional, la ciudadana Luz Cielo Palacio Millán identificada con la cédula de ciudadanía No. 29.899.230.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONADO:

La acción instaurada es contra la EPS FAMISANAR y FARMACIA CAFAM FACATATIVÁ.

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VIOLADOS O AMENAZADOS:

Considera la accionante, que se le vulneran los derechos fundamentales a la vida, igualdad, dignidad humana, salud y seguridad social.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL:

Dijo la accionante que se encuentra afiliada a FAMISAR EPS y que fue diagnosticada por el especialista en neumología con hipertensión pulmonar, enfermedad catalogada como huérfana y de alto costo, cuyo tratamiento oportuno y prioritario incluye entre otros el medicamento SILDENAFIL 20 mg

Que la última prescripción data del 14 de marzo de 2020 no obstante éste no le fue entregado aduciendo la Farmacia CAFAM de este municipio que el medicamento no se acoge al valor máximo de referencia y no negociado con CAFAM.

Que igualmente el 4 de mayo de los corrientes fue reformulado el medicamento y tampoco fue entregado aduciendo la farmacia que no se entrega el medicamento porque salió de contratación con la EPS.

Que la farmacia ha aducido varias excusas para no entregar el medicamento, entre ellas que no existe, que es costoso, que no lo cobija el PBS y que el

médico tratante se lo debe cambiar lo cual no resulta posible toda vez que esa es la prescripción que requiere para el tratamiento de su enfermedad.

Que lo anterior amerita que se le suministre atención integral adecuada y continua que se derive de sus enfermedades para que no se vulneren sus fundamentales.

Que ni ella ni su familia, se encuentran en condiciones de sufragar los costos de esa medicación y tratamiento ni las demás eventualidades de su condición de salud ya que su situación económica es precaria.

Que el medicamento requerido se encuentra dentro del Plan de Beneficios en Salud por lo que no es posible que le nieguen su suministro constituyendo esta conducta una actuación caprichosa y administrativa. En respaldo de éste argumento citó el anexo 1 de la Resolución No. 5887 de 2018.

Solicitó vincular al representante legal del laboratorio HB HUMAN BIOSCIENCE con el fin de que indique la ficha técnica del medicamento y la diferencia con el SILDENAFIL de otros miligramos, si la farmacia CAFAM es su cliente y desde cuándo dejó de requerir los productos que ellos distribuyen y expidan un certificado de disponibilidad del producto.

PETICIÓN DE TUTELA

Las pretensiones de la demanda son del siguiente tenor (f. 4):

*“De manera atenta le solicito Señor Juez fallar con una medida precauteladora, y se le ordene a la **EPS FAMISANAR**, por intermedio de la **FARMACIA CAFAM DE FACATATIVÁ CUNDINAMARCA**, o con quien más tenga contrato o convenio y con la Supervisión de **LA SECRETARÍA DE SALUD DE FACATATIVA CUNDINAMARCA**, Que en un término no superior a 48 horas, me sea entregada, en mi residencia o en su efecto en la farmacia más cercana autorizada, De manera urgente y efectiva el medicamento: **SILDENAFIL 20 MG. tableta (DOSIS UNA POR CADA 8 HORAS POR TRES MESES) PARA UN TOTAL DE 270 (DOSCIENTAS SETENTA TABLETAS)**, según lo ordenado en la última fórmula médica, medicación que requiero urgentemente para salvaguardar mi derecho a la vida y la salud, esta petición la presento teniendo en cuenta lo contemplado en el Artículo 7 del Decreto 2591 del 91, así mismo atendiendo mi estado de salud, ya que si las entidades accionadas no me suministran la medicación y tratamiento integral, mi salud, calidad y cantidad de vida se disminuyen.*

SEGUNDO: Solicito con todo respeto su señoría, ordene a **FAMISANAR EPS** y con el seguimiento y vigilancia de **LA SECRETARÍA DE SALUD DE FACATATIVÁ CUNDINAMARCA**, se me conceda, **el EL TRATAMIENTO INTEGRAL**, esto es, medicamentos, exámenes, procedimientos, hospitalizaciones estén o no dentro del Plan de beneficios, que se deriven de mi enfermedad aquí descrita; Así mismo, las pruebas diagnósticas,

aditamentos e insumos necesarios, y los demás medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma, sin tener en cuenta que se encuentren o no dentro del Plan de **Beneficios y que estén debidamente formulados por el médico tratante**, en atención a mi diagnóstico de **HIPERTENSIÓN PULMONAR CIE10-I270**, enfermedad catalogada como Huérfana y de alto costo y por consiguiente es Pertinente, conducente y necesaria la **CONTINUIDAD DEL TRATAMIENTO** y no estar realizando tutelas e Incidentes de desacato por cada fórmula u orden médica que se realice.

TERCERO: Solicito respetuosamente su señoría, atendiendo la normatividad aplicable en estos casos y aunado a mi situación económica y la de mi familia, se Ordene la **EXONERACIÓN DE PAGO** de toda cuota moderadora y/o copago a que haya lugar por parte de **FAMISANAR EPS**. En los tratamientos que requiera.

CUARTO: Así también, solicito con el debido respeto su señoría, prevenir a **FAMISANAR EPS.**, para que no ejerzan presión sobre mi médico tratante y que en beneficio Económico de las entidades Accionadas, lo constriñan a **NO** recetar la medicina certera, efectiva y contundente y confundan a pacientes con mi mismo diagnóstico **HIPERTENSIÓN PULMONAR CIE10-I270**, enfermedad catalogada como Huérfana y de alto costo, a tomar medicinas con nombres análogos pero no efectivos como es el caso de SINDELAFIL, que si bien es cierto viene en presentaciones de 20 MG., - 25 MG. - 50 MG. Y 100 MG. La medicación que me han ordenado para el tratamiento de **HIPERTENSIÓN PULMONAR** y debe suministrarse y es efectiva para mi tratamiento es **SILDENAFIL TABLETAS POR 20 MGS HB Aleos de HB Human BioScience**. Y no otra, según mi médico tratante; Además, implementar los respectivos controles, en los términos señalados en esta tutela, y tomar las medidas que sean del caso para sancionar a la entidad accionada, según la LEY 972 de 2005.

QUINTO: Por último, su señoría y en vista de antecedentes con otros pacientes con enfermedades análogas y sus resultados inhumanos, solicito al señor juez, enviar copia del fallo a la Superintendencia Nacional de Salud, para su respectiva vigilancia y control y su eventual sanción.”

TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

La acción fue radicada vía correo electrónico, el día 21 de mayo de 2020, mediante auto de 26 de mayo siguiente, se avocó el trámite y se decretaron las pruebas, entre otras ampliación de los hechos de la demanda que se llevó a cabo el pasado 29 de mayo de los corrientes.

En esa misma providencia se denegó la vinculación del Laboratorio HB Aleos de HB Human BioScience, no obstante, se le ofició para que remitirá senda información frente al asunto en concreto.

Transcurrido el término de traslado, la acción ingresó al despacho para proferir el fallo, el día 2 de junio de los corrientes.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

FAMINSAR EPS:

A la demanda:

El viernes 29 de mayo, a través de su Directora de Nodo en Facatativá, la EPS accionada indicó que el área responsable refirió que el medicamento requerido salió de contratación porque el proveedor no se acoge a valores máximos de recobro generando sobrecostos y por lo que no se cuenta con existencias del mismo.

Que se realizó la compra para dispensación bajo pedido, contra la autorización de manera que el medicamento ya se encuentra contratado para la sede CAFAM FACATATIVÁ para que se genere la autorización y se envía la impresión para realizar la solicitud de compra a CAFAM, quien indicó que el producto estará disponible el jueves 4 de junio en este punto de dispensación.

Que daba la novedad de abastecimiento se contrató con CAFAM el medicamento SILDENAFIL Cap 20mg (fórmula magistral) la cual por su naturaleza de ser una preparación ajustada a las necesidades del paciente requiere un tiempo de preparación en un laboratorio certificado.

Que se generó la autorización del medicamento SILDENAFATO (HB ALEOS) TABLETA POR 20 MG direccionado a CAFAM DROGUERÍA FACATATIVÁ, de la cual aportó una impresión de pantalla donde se advierte que fue solicitada el 4 de mayo y autorizada e impresa el 28 de mayo siguiente sobre las cinco de la tarde.

Que de acuerdo con lo anterior, se presenta carencia actual de objeto por hecho superado pues el medicamento está disponible para ser retirado el 4 de junio hogano.

Dijo que frente a la pretensión de exoneración de copagos y cuotas moderadoras la solicitud es improcedente en tanto la accionante no padece una enfermedad clasificada como catastrófica ni de alto costo en los términos de la Resolución No. 39741 de 2009 y Resolución 35122 de 2019 para ser beneficiario de tal excepción en virtud del artículo 7º del Acuerdo 002603 de 2004 así como tampoco se ubica en las categorías de afiliación según su nivel de IBC y calificación ISBEN, por lo tanto la solicitud va en contravía del derecho a la igualdad de los demás usuarios a nivel nacional que también deben cumplir con la cancelación de copagos, cuotas moderadores, recuperación en virtud del artículo 1874 (sic) de la Ley 100, lo cual la haría incurrir en una indebida destinación de los recursos públicos del SGSSS.

Que igual consideración merece la pretensión de su suministrar tratamiento integral en tanto ha prestado los servicios que la afiliada ha requerido en quien no confluyen los requisitos que ha establecido la Corte Constitucional para el suministro de servicios que no estén con cargo a la UPC servicios que no podrían ser verificados conforme a lo establecido en las normas que rigen el sistema al brindarse tratamiento integral en decisiones con contenido indeterminado y a futuro lo que pondría en grave riesgo la sostenibilidad financiera del sistema de salud, privando de garantías a los demás afiliados al sistema pues deben tenerse en cuenta las previsiones de la Resolución No. 205 de 2020 mediante la cual se establecen las 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 UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS el cual es limitado a partir del 1 de marzo de 2020.

Que cada vez que se obliga en los fallos de tutela a destinar recursos para amparar situaciones que les corresponden a otros actores dentro del sistema de seguridad social o para amparar situaciones que deben asumir los propios usuarios, se están destinando los recursos públicos de la salud para fines diferentes a los exclusivamente previstos en la Ley.

Que todas sus actuaciones se avienen a la legalidad y por tanto no se configuran los presupuestos de procedencia de la acción en tanto se requiere de la existencia de una actuación u omisión concreta y atribuible a una autoridad o a un particular la cual no se avizora en el presente asunto.

Pidió denegar y declarar improcedente la acción interpuesta.

De manera subsidiaria pidió que si se accede a las pretensiones, se señale de manera precisa cuáles son las prestaciones de salud cobijadas por la decisión así como la patología respecto de la cual se otorga el amparo. Así mismos que en caso de proferir una orden indeterminada de tratamiento integral se ordene a la ADRES reintegrar a la EPS FAMISANAR los recursos destinados para el suministro de servicios excluidos de la financiación con recursos públicos del SGSSS, dentro de los 30 días siguientes a la prestación del servicio ordenado de acuerdo con las Resoluciones 3512 de 2019 y 205 de 2020.

A la ampliación de los hechos de la demanda:

No se pronunció frente a los hechos de la ampliación de la demanda.

No obstante, el apoderado de FAMISAR en dicha diligencia, manifestó lo siguiente¹:

“...sí señora juez, de antemano pues ofrecerle excusas también a la señora Cielo porque sí efectivamente se estaba entregando el medicamento normalmente, solo que por el tema de expedición de regulaciones proyectadas por el Ministerio y una regulación de precios que viene siendo un tema de manejo

¹ Ver minuto 26:52 a 29:27 del archivo magnético de la audiencia de 29 de mayo anterior que obra en el expediente digital.

administrativo que no viene al caso y no le podemos oponer una traba la usuaria para su medicamento, se nos complicó el tema de la entrega pero tal como creo que ustedes ya recibieron un escrito por parte de nosotros el día de hoy en la mañana, donde ya se constata que el medicamento sildenafil inicialmente el de 20 miligramos que viene en una presentación comercial, es el que está por fuera de los topes que había del Ministerio de salud razón por la cual se nos generó el inconveniente a nosotros. No obstante y teniendo en cuenta, de acuerdo a la pregunta que le hizo la señora jueza la usuaria, si es posible cambiarle la presentación, no es posible, teniendo en cuenta su patología tiene que ser el sildenafil de 20 miligramos razón por la cual y en aras de cumplir y de garantizarle que se le va a suministrar el medicamento este medicamento se va a hacer a través de preparación magistral que significa que se va a realizar toda la mezcla y demás para cumplir con esa presentación de los 20 miligramos y ya lo constatamos con la farmacia CAFAM, ese medicamento va a estar disponible a partir del 4 de junio que ya a la señora cielo se le va a informar y vamos a hacer todo lo posible para hacérselo llegar al domicilio (...) Quisiera entonces que se tenga en cuenta la petición de FAMISANAR en el sentido de que se declare con el fallo, el hecho superado teniendo en cuenta que ya estamos próximos a hacer la entrega del medicamento." (Subrayas fuera de texto)

FARMACIA CAFAM:

EL 29 de mayo de los corrientes, la accionada a través del abogado de la Sección de Litigios y Consultas de la Subdirección Jurídica de la Caja de Compensación familiar dijo lo siguiente:

Que de acuerdo con las normas que rigen el sistema de seguridad social, las EPS, IPS, ARL y fondos de pensiones son entes jurídicamente independientes y con funciones específicas.

Que el medicamento HB ALEOS SILDENAFIL 20 mg TAB REC ORAL CAJ 90 TAB salió de contratación desde el 25 de marzo en tanto el laboratorio que lo produce no se acoge al valor máximo de recobro lo cual genera que FAMISANAR inactive el direccionamiento a CAFAM de dichos medicamentos razones por las cuales no es posible que se le compre el producto al laboratorio y se le entregue al usuario en representación de la EPS ya que salió de contratación desde el 25 de marzo.

Que la metodología para la fijación del Valor Máximo de Recobro – VMR, se introdujo a través de la Resolución 738 de 2019 que modificó la Resolución 243 de 2019; se emitieron los Anexos Técnicos con el listado de grupos relevantes con sus Valores Máximos de Recobro (Resolución 1019 de 2019 - Resolución 3078 de 2019 y Resolución 3514 de 2019, esta última es la vigente con los precios actualizados con IPC)

Que el 1 de Marzo del 2020, entraron a regir las Resoluciones 205 y 206: "Presupuestos Máximos para la gestión y financiación de los servicios y

tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS "Techos", se modificó el recobro al entregarse a la EPS el dinero anticipado y por ello igualmente la implementación de los VMR, dejando a potestad de la EPS el valor a comprar los productos a los que se les asignó VMR.

Que los VMR se generaron por parte del Ministerio de Salud en aras de controlar el gasto y economizar los recursos del SGSSS, en el proceso de recobro que hacen las EPS a la Adres para el reconocimiento de los valores que pagaron a su Proveedor en los servicios y tecnologías no contemplados en el PBS.

Que por lo anterior, la contratación y entrega que solicita la Accionante en las peticiones, es un servicio por evento a cargo del Asegurador, siendo en este caso la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. la encargada del direccionamiento para tal fin, por ende, los hechos que motivaron la Acción de Tutela, son una situación ajena a I.P.S. CAFAM, de exclusiva responsabilidad de la aseguradora.

Pidió en consonancia, ser excluidos de la relación procesal y declarar la improcedencia de la acción contra CAFAM.

PROBLEMAS JURÍDICOS:

En criterio del despacho, el problema jurídico se concreta a determinar *si los derechos fundamentales de la accionante son vulnerados al no autorizar y entregar el medicamento **SILDENAFIL 20 mg Tableta 1C/8h por tres meses para un total de 270 tabletas**, prescrito en consultas de 14 de marzo y 4 de mayo de esta anualidad.*

Así mismo deberá establecerse si resulta procedente impartir órdenes de tratamiento integral y de exoneración de cuotas moderadoras y copagos en el presente asunto.

También será del caso, analizar si como lo manifiesta FAMISANAR EPS, en el presente asunto se ha configurado carencia actual de objeto por hecho superado.

CONSIDERACIONES:

DE LA NATURALEZA Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela fue prevista en el artículo 86 de la Carta Política, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial,

salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

El ejercicio de este dispositivo procesal, así establecido por el constituyente, fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, precisando en su artículo 2º, que los derechos objeto de protección, son aquellos consagrados como fundamentales en la Constitución Política, o los que por su naturaleza permitan su amparo en cada caso concreto.

Entre tanto, el artículo 6º *ibídem*, señala que la Acción de Tutela no procede en los siguientes casos: (i) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; (ii) cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus; (iii) cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que el interesado solicite la tutela con el fin de impedir un perjuicio irremediable; (iv) cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y; (v) cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Pues bien, en el caso concreto el demandante solicita la protección de los fundamentales a la vida, igualdad, dignidad humana, salud y seguridad social por lo que procede el juzgado a analizar sobre la procedencia de la acción en relación con la omisión de la autorización para la entrega de un medicamento.

Legitimación por activa

En efecto, la legitimación por activa constituye un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, ya que al juez constitucional le corresponde verificar la titularidad del derecho fundamental que está siendo vulnerado y el medio a través del cual acude al amparo.

De conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ésta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso.

En el sub *judice*, la accionante manifiesta ser la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien refiere que no se le ha entregado un medicamento que le fue prescrito por su médico tratante y requerir exoneración de copagos y cuotas moderadoras así mismo ser quien requiere tratamiento integral de manera que el juzgado encuentra que la señora Palacio Millán se encuentra legitimada por activa.

Legitimación por pasiva

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades, que hayan violado o amenacen violar un derecho fundamental. Así mismo, el inciso 2 del artículo 42 *ejusdem* señala que procede contra particulares que estén encargados de la prestación del servicio público de salud.

En el sub iudice, la acción de tutela se dirige contra FAMISANAR EPS y FARMACIA CAFAM, empresas de quien la accionante predica la presunta vulneración de los derechos fundamentales, principalmente al no autorizar la entrega de un medicamento que le fue prescrito para el tratamiento de su patología de base.

Se advierte que las accionadas son empresas que se dedican a actividades de atención de la salud humana y/o comercialización de productos farmacéuticos, es decir, son personas autorizadas para la prestación de servicios de salud y en tal calidad, están obligadas a prestar los servicios de salud de sus afiliados o entregar los medicamentos en representación de la aseguradora.

En el sub iudice, está acreditado que la accionante se encuentra afiliada a FAMISANAR en el régimen contributivo pues no solo ella lo menciona en los hechos de la demanda sino que la misma EPS lo admite y no lo refuta, de la misma manera se estableció en la página web de la ADRES.² Así mismo, CAFAM informó tener convenio vigente para la dispensación de medicamentos en representación de FAMISANAR a sus afiliados.

Conforme con lo anterior, las accionadas podrían acarrear responsabilidad en los hechos que se narran en la demanda de manera que este juzgado encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva.

Inmediatez

Por su naturaleza, la acción de tutela debe ser presentada en un término razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulnerador.

En este caso, se observa que la accionante asistió a consulta médica especializada los días 14 de marzo y 4 de mayo de los corrientes y la acción fue radicada el 21 de mayo siguiente de manera que, a juicio del despacho, fue interpuesta en un término razonable.

Subsidiariedad

La acción de tutela procede ante la inexistencia o idoneidad de otro mecanismo de defensa judicial, es excepcional y su interposición solo es viable cuando no se encuentre un medio ordinario eficaz para la protección de los derechos y, por tanto, no exista un mecanismo judicial que brinde un amparo oportuno y evite una afectación grave e irreversible de las garantías constitucionales.

Como se mencionó atrás, el Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que solo procede la tutela cuando "*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*". Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa, ni

²https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=+OGPvhdXjvYNa+Ydeq8nMq==

mucho menos a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa.

En los casos en que existen medios principales de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido dos excepciones a la improcedencia cada una con implicaciones sobre la forma de conceder el amparo ya sea como mecanismo transitorio o definitivo:

“i) Si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un perjuicio irremediable. De tal forma, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para discernir el caso o esta resuelve definitivamente el asunto y, momentáneamente resguarda sus intereses.

ii) Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva. El análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinada por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante.”³

Cuando el medio de defensa se halla disponible, se debe verificar idoneidad y eficacia de éste para proteger integralmente los derechos invocados y en especial si el reclamo de quien merece especial protección constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria, o si por su situación particular, no puede acudir a dicha instancia.

Así las cosas, se tiene que mediante Ley 1122 de 2007 adicionada y modificada por la Ley 1438 de 2011 se otorgó función jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud para que entre otros resuelva sobre los siguientes asuntos:

“Artículo 41. (...)

a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

³ Sentencia T-387 de 2018

- c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;
- f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".

Parágrafo 1º(...)

Parágrafo 2º La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad".

Como se advierte, la Superintendencia no ejerce funciones jurisdiccionales para solucionar las controversias sobre el **suministro, distribución y entrega** de medicamentos, por lo que la accionante no cuenta con un medio judicial ordinario para conjurar la posible vulneración de los derechos fundamentales invocados de manera que la presente acción es procedente como mecanismo definitivo tal como en un caso de similares contornos lo estimó la Corte Constitucional en sentencia T-243 de 2016.

Verificados los requisitos de procedencia de la acción, el despacho se ocupa de los derechos fundamentales invocados.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS:

Derecho a la vida

La vida es el primero de los derechos consignados como fundamentales en la Constitución Política, consagrado en el artículo 11, siendo el presupuesto para el ejercicio de los demás derechos y obligaciones previstos en el ordenamiento jurídico, según el Alto Tribunal Constitucional el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana⁴, reconocido en el artículo 1° de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho⁵.

En tal contexto, puede decirse que la protección otorgada por el Estado a este bien jurídico fundamental; no se agota con el compromiso de velar por la mera existencia de la persona, sino que involucra en su espectro garantizador, entre otros derechos el de la salud y a la integridad personal (física y psíquica) como componentes imprescindibles para permitir el goce de una vida en condiciones de dignidad⁶.

Ahora bien, la salud y la vida son garantías personalísimas estrechamente relacionadas, a tal punto que años atrás, el amparo de la primera debía solicitarse en conexidad con la vida, actualmente la jurisprudencia, reconoce el derecho a la salud como autónomo y susceptible de ser protegido por la vía constitucional de tutela⁷ y se encuentra contemplado en la Ley 1751 de 16 de febrero de 2017, estatutaria de la salud, como se abordó en precedencia.

Derecho a la salud, tratamiento integral y no imposición de barreras administrativas

La Ley 1751 de 16 de febrero de 2015, estatutaria de la salud, establece el contenido de este fundamental de la siguiente forma:

“Artículo 20. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio

⁴ Ver sentencia T-860 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-675 de 2011.

⁶ Sentencia T-823 de 2002.

⁷ Ver sentencias T— 864 de fecha 3 de Noviembre de 2010 y T-760 del 31 de julio de 2008 entre otras.

público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

La Jurisprudencia, también ha reconocido este derecho como autónomo y susceptible de ser protegido por la vía constitucional de tutela⁸.

En efecto, la Corte Constitucional⁹ ha señalado lo siguiente frente a este fundamental:

“El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas, la atención en salud que requieran y, para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

En virtud de la dicotomía anteriormente enunciada, resulta pertinente entrar a conceptualizar lo que se ha entendido por “salud” en cada una de sus facetas, de forma que sea posible esclarecer y delimitar su alcance, así como facilitar su comprensión.

(...) Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, esta Corporación ha expresado que la salud debe ser concebida como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos.

De ahí que, la protección constitucional del derecho a la salud tome su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como “la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable”.

⁸ Ver sentencias T – 864 de fecha 3 de Noviembre de 2010 y T-760 del 31 de julio de 2008 entre otras.

⁹ Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, sentencia T- 481 de 1 de septiembre de 2016, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma concurrente y de manera armónica e integral, propenden por la mejora, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de salud de sus destinatarios.

En síntesis, todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección de su derecho fundamental a la salud, pues no solamente se trata de un derecho autónomo sino que también se constituye en uno que se encuentra en íntima relación con el goce de distintos derechos, en especial la vida y la dignidad humana, derechos que deben ser garantizados por el Estado colombiano de acuerdo a los mandatos internacionales, Constitucionales y jurisprudenciales que al respecto se han establecido.”

Así las cosas, por ser el derecho a la salud un derecho fundamental, puede ser protegido mediante tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los presuntos afectados sean sujetos de especial protección constitucional.

A su turno, el tratamiento integral está regulado en el Artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye **suministrar “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”. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”.**

El tratamiento integral también implica la obligación de **no fraccionar la prestación del servicio**, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo **adecuado e ininterrumpido**. Para tal efecto, las entidades de salud deben actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica.

Debe tenerse en cuenta que los pacientes, por sus padecimientos, no están en la misma capacidad que los demás para gestionar la defensa de sus derechos, por lo que se les debe brindar un servicio eficiente desde el inicio hasta el fin de la enfermedad, de tal forma que puedan sobrellevar sus padecimientos de manera digna.

Bajo esta línea, en la Sentencia T-760 de 2008, la Corte sostuvo que:

“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas. Así por ejemplo, un Departamento,

*entidad encargada de prestar la atención a personas con cáncer, no puede dejar de garantizar el suministro de oxígeno domiciliario permanente a un enfermo de cáncer que lo requiere como parte integral de su tratamiento, bajo el argumento de que el servicio de oxígeno, individualmente considerado, corresponde a las entidades municipales. En lo que se refiere a garantizar el acceso efectivo al servicio de salud requerido a una persona, puede entonces decirse, que **las entidades e instituciones de salud son solidarias entre sí, sin perjuicio de las reglas que indiquen quién debe asumir el costo y del reconocimiento de los costos adicionales en que haya incurrido una entidad que garantizó la prestación del servicio de salud, pese a no corresponderle**". (Negrilla del despacho)*

Si bien resulta admisible que se impongan determinadas cargas administrativas, estas no pueden convertirse en un obstáculo para la prestación del servicio de salud. Ahora, cuando estas correspondan a trámites internos de las entidades, de ninguna manera se pueden trasladar a los usuarios, hacerlo implica obrar negligentemente y amenazar el derecho fundamental a la salud. Estas situaciones se pueden presentar cuando, por ejemplo, **la entidad niega determinados insumos, tratamientos o procedimientos por asuntos de verificación y autorización de servicios, por el vencimiento de un contrato con una IPS, por la falta de solicitud de autorización de un medicamento o servicio NO POS al Comité Técnico Científico**, entre otros.

Siguiendo esta misma línea, la Corte Constitucional en sentencia T-081 de 2016, señaló que:

"Las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeta su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio."

En todo caso, cuando los trámites son excesivos e injustificados, no solo pueden implicar que **se extienda el tiempo de sufrimiento por las dolencias del paciente**, sino también un detrimento en su salud e incluso su muerte, por ende, constituyen una violación al derecho fundamental a la salud, a la vida e incluso a la dignidad humana.

Además de la no oposición de barreras administrativas para prestar el servicio de salud, el tratamiento integral implica obedecer las indicaciones del médico tratante. Este profesional es el idóneo para *"promover, proteger o recuperar la salud del paciente"*, pues, *"cuenta con los criterios médico-científicos y conoce ampliamente su estado de salud, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad"*. Inclusive, cuando no esté vinculado a la EPS del afectado, su concepto puede resultar vinculante en determinados casos, en aras de proteger el derecho a la salud.

Bajo estos parámetros, la jurisprudencia constitucional ha determinado que, una vez el médico tratante establezca lo que el usuario requiere, esa orden se

constituye en un derecho fundamental. Solo en el evento en que exista “una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada”, es justificable apartarse de la orden del galeno y, en ese caso, deberá brindarse el tratamiento correspondiente.

Como corolario de lo anterior se tiene que, **el tratamiento integral implica prestar los servicios de salud de manera oportuna, continua e ininterrumpida.** Los trámites administrativos no pueden ser excesivos y en ningún caso justifican la demora o la negación en el cumplimiento de una orden del médico tratante, de lo contrario se lesiona el derecho fundamental a la salud.

Por último, se resalta que ese desarrollo de funciones, garantista y protector al que están obligados los operadores del sistema de salud, también debe guiar la actuación del juez constitucional, y con mayor amplitud cuando deba pronunciarse frente a una tutela en la que uno de los sujetos procesales se encuentre en un estado de debilidad manifiesta, lo cual implica un actuar oficioso de tal forma que se logre una protección efectiva de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados.

Del principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud. (Sentencia T- 243/13)

La salud como servicio público y derecho fundamental debe ser garantizado de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 365 Constitución Política), y en tal sentido la prestación de este servicio público se encuentra enmarcado dentro de los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad.

En desarrollo del principio de eficiencia, la jurisprudencia de la Corte ha establecido el principio de continuidad de la prestación del servicio público¹⁰ y ha señalado que en virtud del principio de continuidad el servicio médico debe darse de manera ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que del mismo tiene el conglomerado social¹¹. Al respecto ha manifestado que:

“La jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las E.P.S de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben

¹⁰ En este sentido, en la sentencia T- T-406/93, reiterada en las sentencias T-170/02, T-777/04, T239/09, T-797/09, entre otras, se expuso “El servicio público responde por definición a una necesidad de interés general; ahora bien, la satisfacción del interés general no podría ser discontinua; toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones”. Así mismo, en la Sentencia SU-562/99 se agregó “Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.”

¹¹ Esta línea jurisprudencial se ha seguido en múltiples pronunciamientos entre los que se citan para su confrontación las sentencias, T-170/02, T-1210/03, T- 777/04, T-656/05, T-965/05, T-438/07, entre otras

ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene 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.¹²
(Subrayado y negrillas del despacho)

En la sentencia T-438/07 se expuso la manera en que la Corte ha desarrollado el criterio de “necesidad” del tratamiento como manera de establecer cuándo resulta inadmisibles que se suspenda el servicio público de seguridad social en salud. En dicha sentencia, se hizo alusión a la Sentencia T-170/02, en donde se señaló:

*“Por necesarios, en el ámbito de la salud, deben tenerse aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. En este sentido, no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física, debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio.”*¹³

*“Por lo anterior, este Tribunal, ha señalado de manera enfática que tanto las entidades promotoras de salud -EPS- como las demás instituciones que deben suministrar el servicio público de salud, deben preservar la garantía de la continuidad en su prestación, como postulado constitucional. De ahí que, ninguna discusión de índole contractual, económica o administrativa justifica la negativa de las mismas a seguir suministrando un tratamiento necesario que se encuentre en curso; y en consecuencia, no puede ser interrumpido el servicio, so pena de que la conducta asumida por estas entidades, afecte los derechos fundamentales de los usuarios del sistema y por ende sea censurable por el juez constitucional¹⁴. Así, en cada caso, deberá establecerse si son o no constitucionalmente aceptables¹⁵, las razones en las que la EPS o demás instituciones que suministren el servicio público de salud fundamenten su decisión de interrumpir el servicio.”*¹⁶

¹² Sentencia T-1198/03.

¹³ Sentencia T-170/02.

¹⁴ En este sentido se han expresado las conclusiones sobre el tema en los fallos más recientes de la Corte, como en las sentencias T- 224 y T-656 de 2005 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, T- 270 y T-508 de 2005 M.P., Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵ Véase, Sentencia T-064 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁶ Sentencia T-438/07.

Ahora bien, el principio de continuidad no exige de las entidades prestadoras de salud, que brinden al paciente un servicio médico a perpetuidad, sino **hasta que sea finalizado el tratamiento de la enfermedad que padece.**

Derecho a la dignidad humana

Este fundamental, constituye una de las bases del Estado Social de Derecho, en los términos señalados en el artículo 1º de la Constitución Política¹⁷, y se profundiza con mayor énfasis en las personas de avanzada edad.

La Honorable Corte Constitucional¹⁸, ha precisado que la configuración jurisprudencial de la dignidad humana como entidad normativa puede sintetizarse a través de dos ejes temáticos: por una parte, **a partir de su objeto concreto de protección y, de otro lado, a partir de su funcionalidad normativa.**

Desde el punto de vista del objeto de protección del enunciado, la Corporación ha identificado a lo largo de la jurisprudencia, tres lineamientos claros y diferenciables, cuales son: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) **La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia** (vivir bien). y (iii) **la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).**

Del mismo modo, atendiendo a la perspectiva de la funcionalidad, el Alto Tribunal ha identificado tres lineamientos, a saber: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

En cuanto a la naturaleza ius fundamental, la Corte ha señalado que la dignidad humana **se constituye como un derecho autónomo**, dado que cuenta con los siguientes elementos: (i) un titular claramente identificado (las personas naturales); (ii) un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y; (iii) un mecanismo judicial para su protección (Acción de Tutela).

En torno al objeto de protección, la Corporación ha reiterado que la dignidad humana, está vinculada con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: (i) la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección); (ii) unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y (iii) la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

¹⁷ En cuanto al desarrollo jurisprudencial del enunciado normativo de la dignidad humana puede consultarse, entre otras la sentencia T-815 de 13.

¹⁸ Sentencia T-881/02

Derecho a la igualdad

El artículo 13 superior señala lo siguiente:

*“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión **política** o filosófica.”*

En voces de la Corte Constitucional¹⁹ el principio de igualdad posee un carácter relacional, lo que significa que deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación.

De la Seguridad social

En Sentencia T-281 de 2018, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre la seguridad social como derecho fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, fundamental consagrado en el artículo 48 superior con una doble connotación:

“i) como derecho fundamental; y ii) como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado...es un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo. Su fundamentalidad se sustenta en el principio de dignidad humana en virtud del cual “resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.”

¹⁹ Sentencia C-178 de 2014

(...)

46. En definitiva, el derecho a la seguridad social busca proteger al trabajador cuando por algún evento o contingencia que mengua su salud, calidad de vida o capacidad económica, requiere de la ayuda del Estado y de la comunidad para proveerse los medios mínimos que le garanticen una subsistencia en condiciones dignas. Si bien esta prerrogativa constitucional ostenta un carácter fundamental, no por ello puede hacerse efectiva, en todos los casos, a través de la acción de tutela, porque para ello existen otros mecanismos de defensa judicial previstos por el Legislador. La procedencia de la acción de tutela para obtener la protección del derecho a la seguridad social es excepcional y depende de las circunstancias propias de cada asunto, debiendo el juez constitucional evaluar criterios como la edad, el estado de salud, la composición del núcleo familiar, la situación económica, así como cualquier aspecto que permita identificar por qué este debe ser el mecanismo principal o transitorio de protección.” (Subrayas del despacho)

DE LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO

Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, el objetivo fundamental de la acción de tutela, no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos taxativamente señalados por el legislador; es por ello que **cuando la causa que genera la violación o amenaza del derecho ha desaparecido, o, se han tomado las medidas pertinentes para su protección**, la tutela pierde su razón de ser, lo cual significa que la decisión del juez resulta inocua frente a la efectividad de los derechos presuntamente conculcados, por cuanto ha existido un restablecimiento de ellos durante el desarrollo de la tutela.

Sobre este asunto, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-225 de 18 de abril de 2013, con ponencia del Magistrado, doctor Alexei Julio Estrada, así se pronunció:

“La Corte Constitucional, de manera reiterada, ha sostenido que cuando la situación fáctica que motiva la presentación de la acción de tutela, desaparece o se modifica en el sentido de que cesa la presunta acción u omisión que, en principio, podría generar la vulneración de los derechos fundamentales, la solicitud de amparo pierde eficacia en la medida en que desaparece el objeto jurídico sobre el que recaería una eventual decisión del juez de tutela. En consecuencia, cualquier orden de protección sería inocua.

Mediante sentencia T-533 de 2009, esta Corporación manifestó que el fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Lo anterior, como resultado de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

La carencia actual de objeto por hecho superado se configura cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela.

En dicho sentido, esta Corporación ha señalado que, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para la Corte en sede de Revisión, como Juez de máxima jerarquía de la Jurisdicción Constitucional, el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita e incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.” (Subrayas del despacho).

DEL RECAUDO PROBATORIO

Ampliación de los hechos de la demanda:

En diligencia que se celebró por medios virtuales el 29 de mayo anterior se pudo establecer los siguiente:

1. La accionante se encuentra desempleada en la actualidad, su último empleo fue como operaria en una empresa productora de flores.
2. La accionante se encuentra incapacitada desde enero de 2018 desde cuando no pudo seguir trabajando.
3. Se encuentra en proceso de determinación de pensión por invalidez y no recibe prestaciones económicas desde julio de 2019.
4. Su núcleo familiar está conformado por su hija de 27 años que es quien provee económicamente al hogar con un salario mínimo legal mensual, su hijo de 13 años y su nieto de 9 años.
5. Que además de los ingresos proporcionados por la hija, la familia de la accionante le provee de vez en cuando ayuda económica.
6. Que los gastos familiares consisten en el arriendo (\$380.000), servicios (\$110.000 aprox) y la alimentación y gastos del niño que por ahora no se están generando porque están en la casa.

7. Que la accionante viene consumiendo el medicamento solicitado desde hace aproximadamente un año.
8. El medicamento solicitado se lo venían entregando sin ningún inconveniente hasta el 14 de marzo cuando fue la primera negativa por parte de la farmacia de CAFAM.
9. El 22 de mayo de 2020, le enviaron una pre autorización para la entrega del medicamento en preparación magistral, con el nombre de otro laboratorio distinto al acostumbrado, no obstante con esa autorización tampoco se lo entregaron.

Estos hechos no fueron objeto de refutación por el extremo pasivo.

Oficio al laboratorio HB HUMAN BIOSCIENCE

A través de su representante legal, atendió requerimiento del despacho así:

“Como Sociedad de esta naturaleza, tenemos una Trayectoria desde el año 2011 y desde esa misma data, producimos entre otros el medicamento SILDENAFILO 20 MG. Este producto es un inhibidor selectivo de la fosfodiesterasa tipo 5 (PDE-5). Se ha demostrado que su administración mejora la capacidad de ejercicio, la clase funcional y la hemodinámica en pacientes con Hipertensión Pulmonar sintomática (HP).

Que el producto SILDENAFIL 20 MG. Es una medicación pre establecida para pacientes con Diagnóstico de HIPERTENSIÓN PULMONAR, y las demás presentaciones como son de 25, 50 y 100 MG. Son más frecuentemente utilizadas para tratamientos de DISFUNCION ERECTIL, lo anterior por los componentes utilizados para su fabricación.

Nuestro producto SILDENAFIL 20 mg se encuentra avalado por el Registro Sanitario INVIMA NRO. 2017M-0017847 con fecha de Vigencia de registro al 27 de Septiembre del año 2022.

Que el medicamento SILDENAFIL 20 MG. Se encuentra incluido actualmente en la resolución 3512 de 2019 (anterior 5857 de 2018), la cual actualiza e informa el listado de medicamentos del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, ubicado en el número 392 y código G04BE03, es decir, que este medicamento específico para la HIPERTENSIÓN PULMONAR, está incluido en el Plan de Beneficios de Salud (PBS) y el proceso para su pago está plenamente por la ley; En consecuencia son trámites administrativos internos entre ellos (EPS y FARMACIAS) y no depende de mis facultades para sus posibles recobros. Es decir, nuestro cliente son las diferentes farmacias y ellos a su vez efectúan el cruce de cuentas respectivo con las EPS.

Que, la Farmacia “CAFAM” ha sido durante varios años cliente de nuestra sociedad, pero desde el pasado mes de Febrero del año 2020, CAFAM, no volvió a contratar nuestra dispensación del producto SILDENAFIL 20 MG. Desconociendo los motivos por los cuales no volvió a solicitar que le proveyéramos el producto a pesar de que por intermedio de nuestros asesores comerciales hemos estado atentos a la contratación.

Mi representada, está en condiciones de abastecer este producto (SILDENAFILO 20 MG.) en las cantidades que se requieran, ya que contamos

con la producción necesaria y una vez se ordene su compra será despachada a la mayor brevedad, atendiendo de igual manera, que este es un medicamento esencial para el debido tratamiento de pacientes con el diagnóstico de HIPERTENSION PULMONAR y también somos concedores de que ese tratamiento debe de ser continuo, permanente y de manera integral. Así las cosas, lo único que se necesita, reitero, son los trámites administrativos Internos, que deben realizar FAMISANAR EPS y en este caso con la Farmacia CAFAM para proveerles el medicamento en las cantidades que requieran.”

Las anteriores manifestaciones no fueron refutadas por el extremo pasivo.

Comunicación telefónica con la accionante.

En la fecha, se sostuvo comunicación telefónica con la accionante al número celular 3105274880 para indagar sobre la autorización y entrega del medicamento que requiere ante lo cual manifestó grosso modo lo siguiente:

“Además de la autorización que me hizo llegar la señora Ángela de FAMISANAR no me han entregado ninguna otra, esa es del 22 de mayo de 2020 y con esa acudí a la farmacia y tampoco me entregaron el medicamento que dice preparación magistral, no tengo conocimiento de otras autorizaciones o qué pasará con el medicamento”

El despacho no encuentra razones para desestimar estas manifestaciones.

DEL ASUNTO EN CONCRETO

Acude la accionante con las siguientes pretensiones concretas:

1. Entrega de Sildenafil 20 mg en los términos de la prescripción médica de 14 de marzo y 4 de mayo hog año.
2. Ordenar suministrar tratamiento integral.
3. Exoneración de cuotas moderadoras y copagos.
4. Prevención de no presionar al médico tratante por la formulación de los medicamentos que requieren los pacientes.
5. Remisión de la sentencia a la Superintendencia de salud para que se analice la procedencia de una sanción.

Sea lo primero señalar que en el expediente se halla acreditado que la accionante fue diagnosticada con la enfermedad de hipertensión pulmonar cuyo tratamiento está llevando a cabo por el servicio de neumología.

Frente a la primera pretensión y de acuerdo con el marco normativo, valga decir que no se configura carencia actual de objeto por hecho superado pues en voces de la Corte Constitucional, dicha figura corresponde al caso en el cual en curso el trámite constitucional, desaparecen las razones de interposición de la acción.

En este caso, si bien se acreditó con la contestación de la demanda, la expedición de una autorización de fecha 28 de mayo de los corrientes, con destino a la Farmacia CAFAM para la entrega del medicamento requerido, no es menos cierto que a la accionante no le ha sido remitida dicha autorización y no tiene conocimiento de actuación alguna por parte de su EPS frente al asunto y lo que es más significativo, no ha recibido a la fecha el medicamento.

No pasa desapercibido el despacho que FAMISANAR anunció que le entrega del medicamento ocurriría en el domicilio de la accionante el día 4 de junio de los corrientes, fecha que aún no ocurre, no obstante tal manifestación a juicio del despacho no impone declarar hecho superado pues apenas resulta ser una expectativa de la EPS luego de la realización de un trámite administrativo mas no concreta la legítima pretensión de la accionante.

Así las cosas, y como resaltó el mismo apoderado de FAMISANAR, lo que ha ocurrido en el sub judice es un caso de imposición de trabas administrativas al usuario del servicio que terminó con la negación de la entrega de un medicamento que se encuentra dentro de los medicamentos del PBS luego no resultaba del caso omitir la entrega.

Entiende este despacho que la situación obedeció a la entrada en vigencia de la Resolución 205 de 2020 mediante la cual se establecen las 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 UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS el cual se limitó a partir del 1 de marzo de 2020, lo cual dificultó la negociación frente al valor máximo de recobro del medicamento, no obstante dicha carga no debe ser asumida por la usuaria del servicio y en consecuencia no le resulta oponible.

De ahí que no resulte posible declarar la ocurrencia de hecho superado hasta tanto el medicamento sea efectivamente entregado a la paciente pues valga resaltar que debía estarlo consumiendo desde el 14 de marzo de los corrientes, cuando le fue prescrito por primera vez.

Así las cosas, se impartirán las órdenes necesarias para proteger el derecho a la salud de la accionante frente a este punto.

Lo anterior, sirve de fundamento para resolver la segunda pretensión sobre el tratamiento integral toda vez que es evidente que la accionante ha accedido a los servicios de salud pues está siendo atendida por el servicio de neumología, se le ha efectuado un diagnóstico de su patología y se encuentra en tratamiento para la misma, es decir, la EPS no le ha negado los servicios de salud de manera que no hay sustento técnico ni probatorio que permita inferir que se hace necesaria la intervención constitucional para el suministro de un tratamiento integral.

En efecto, impartir órdenes de esta naturaleza impone haber comprobado que la patología del accionante no se ha permitido el acceso a los servicios lo cual no ocurre en el presente trámite y suponer que en el futuro los precitados servicios serán negados, atenta contra el principio de la buena fe y el debido proceso de la accionada EPS toda vez que tendría que presuponerse sobre cuáles de los servicios requeridos por la demandante es que se ha presentado

la negativa lo cual resulta ser futuro e incierto así como las órdenes que se deriven de ese planteamiento.

Así las cosas, la pretensión de tratamiento integral serán denegadas.

Ahora, en lo que tiene que ver con la exoneración de cuotas moderadoras y copagos, se tiene que la accionante en efecto es una persona de escasos recursos en la actualidad , pues se encuentra desempleada desde enero de 2018 cuando fue incapacitada y hoy depende de su hija quien provee el sustento económico para cuatro personas con el salario mínimo legal mensual vigente.

Igualmente, la accionante se encuentra en la base de datos del SISBEN como da cuenta la consulta efectuada en la página web correspondiente²⁰:



Puntaje Sisbén III

39.73

Área: Resto Urbano
Base Certificada Nacional - Corte: Abril de 2020 – cuarto corte Resolución 3912 de 2019

DATOS PERSONALES			
Nombres:	LUZ CIELO	Apellidos:	PALACIO MILLAN
Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Número de Documento:	29899230
Departamento:	Cundinamarca	Municipio:	Facatativá
Código municipio:	25269		

INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA	
Fecha última encuesta:	22 de agosto del 2019
Última actualización de la ficha:	27 de agosto del 2019
Última actualización de la persona:	27 de agosto del 2019
Antigüedad actualización de la persona:	9 meses
Estado:	VALIDADO

Sin embargo, fue validada con una antigüedad de apenas hace 9 meses, lo cual concuerda con el hecho anunciado en la ampliación de la demanda, según el cual no recibe prestaciones económicas desde julio de 2019 pues se halla en proceso de obtención de pensión -asume el despacho que será por invalidez-, es decir que tiene una expectativa de percepción de un ingreso derivado de dicha prestación luego podrá sufragar dichos pagos ante su EPS.

²⁰ <https://www.sisben.gov.co/atencion-al-ciudadano/paginas/consulta-del-puntaje.aspx>

Abunda en razones de lo anterior, el hecho de haber verificado que la accionante pertenece al sistema de seguridad social en salud como afiliada cotizante en el régimen contributivo²¹, es decir, cuenta con los ingresos necesarios para cubrir tales aportes aunque en la fecha se encuentre en una situación económica difícil, misma que se itera, se proyecta mejor en el futuro gracias a los ingresos de la pensión.

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

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud
 Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACION	29899230
NOMBRES	LUZ CIELO
APELLIDOS	PALACIO MILLAN
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/**
DEPARTAMENTO	CUNDINAMARCA
MUNICIPIO	FACATATIVA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	FAMISANAR E.P.S. LTDA - CAFAM - COLSUBSIDIO	CONTRIBUTIVO	31/07/2012	31/12/2999	COTIZANTE

En este orden de ideas y en virtud del principio de solidaridad la accionante deberá concurrir con los pagos de cuotas moderadoras y copagos que su tratamiento demande salvo que en época posterior logre demostrar que su situación económica realmente no mejoró, lo cual no estará atado a lo resuelto en esta oportunidad, sino que dependerá de un futuro trámite administrativo ante su EPS, valga anotar que en este proceso no se acreditó por la accionante, haber requerido a FAMISANAR para que le fuera aceptada la exoneración que depreca en la demanda de manera que a juicio de este juzgado, ésta derivó únicamente del trámite de la acción de tutela, lo cual tampoco atiende el principio de buena fe pues la EPS accionada no tuvo oportunidad de pronunciarse en sede administrativa frente a tal pretensión.

Las demás pretensiones, sobre prevenir a la EPS para no ejercer presión en el médico tratante en relación con la prescripción de los medicamentos a los usuarios y remitir copia de la sentencia a la Superintendencia de Salud para obtener una sanción a la EPS, no tienen respaldo probatorio. La primera impone suponer que la EPS ejercerá la precitada presión al médico que formuló el medicamento lo cual no atiende el principio de la buena fe y la segunda presupone que la EPS actuó de manera deliberada e irregular en la negativa a autorizar y entregar el medicamento cuando lo que se aprecia ocurrió, fue una mala planeación administrativa a la entrada en vigencia de la normativa que refiere a los límites de los servicios que se financia con recursos de la UPC lo cual se está superando o al menos así se ha anunciado a este juzgado.

²¹

https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=fNWITDjN4lMNa+Ydeg8nMg==

En uno u otro caso, la accionante tiene la posibilidad de requerir, informar y/o denunciar las actuaciones que considere necesarias ante las autoridades competentes sin que su actuación esté limitada por lo resuelto en esta sentencia.

En este orden, el derecho que se estima vulnerado por la falta de entrega del medicamento tantas veces referido, es el de la salud, los demás invocados, de acuerdo con su marco normativo, no resultan trasgredidos por la EPS FAMISANAR, es decir el de la igualdad, la dignidad humana, la vida y la seguridad social.

Finalmente, valga anotar que del acervo probatorio se extrae que la responsabilidad en la contratación, activación y/o direccionamiento a la Farmacia CAFAM para que el medicamento requerido por la accionante se encuentre disponible, depende de la EPS FAMISANAR de tal forma que las pretensiones de la demanda no le resultan oponibles a CAFAM, no obstante aún cuando no se advierte de su parte, vulneración de los fundamentales de la accionante no es del caso desvincularla del trámite constitucional pues conforme al marco normativo y a la misma contestación de la demanda por parte de la Caja de Compensación, ésta interviene en el sistema de salud **en representación de la EPS para la entrega de los medicamentos de sus usuarios** de tal forma que se requiere de su concurso y coordinación para que la entrega se materialice.

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

FALLA:

PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud de Luz Cielo Palacio Millán identificada con la cédula No. 29.899.230 vulnerado por EPS FAMISANAR conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: Ordenar al representante legal de la EPS FAMISANAR y/o quien haga sus veces, que en coordinación con FARMACIA CAFAM de Facatativá y en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, autoricen y entreguen a la accionante de manera efectiva el medicamento **SILDENAFIL 20 mg Tableta para consumo de 1 tab c/8h por tres meses para un total de 270 tabletas**, prescrito en consultas de 14 de marzo y 4 de mayo de esta anualidad.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda conforme a lo anteriormente expuesto.

CUARTO: Prevenir a la **EPS FAMISANAR** en los términos del inciso 2º del artículo 24 del D. E. 2591 de 1991, para que en lo sucesivo se abstenga de omitir su deber legal frente a la autorización y entrega de los medicamentos requeridos por sus afiliados y especialmente por la señora Luz Cielo Palacio Millán por situaciones eminentemente administrativas cuya carga no les es dable soportar, en cumplimiento de los fines del Estado, so pena de incurrir en desacato sancionable.

QUINTO: Comunicar por medios electrónicos a las partes la determinación adoptada en este fallo, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

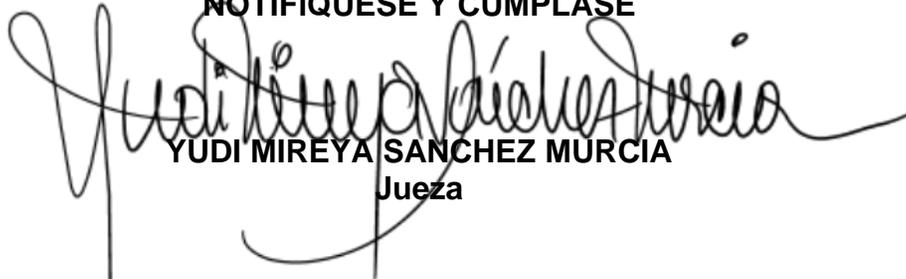
Lo anterior en cumplimiento de las políticas de contención y prevención de propagación de COVID-19 que ha generado pandemia mundial según la cual se debe disminuir el contacto persona a persona.

SEXTO: Contra el presente fallo de tutela procede la impugnación, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, como lo estipula el artículo 31 ídem.

La impugnación, en caso de ser propuesta se recibirá por medios electrónicos a la cuenta jcmpalfac@cendoj.ramajudicial.gov.co toda vez que conforme a los lineamientos del Consejo Superior de la Judicatura, el trabajo presencial no se encuentra habilitado en la sede judicial.

SÉPTIMO: En firme esta sentencia y una vez se levante la suspensión de términos para selección de tutelas, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



YUDI MIREYA SANCHEZ MURCIA
Jueza

Para garantizar la integridad de la presente providencia, su contenido se encuentra asociado a un código HASH.
Cualquier cambio que se realice al documento, generará el cambio del código y por ende la pérdida de integridad de la decisión, lo cual constituye alteración de un documento oficial.