



San Gil, Trece (13) de Octubre de Dos Mil Veintidós (2022)

Sentencia No. 041 Radicado 2022-00047-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la señora CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, identificado con Cédula de Ciudadanía número 37'890.177 expedida en San Gil, quien actúa en nombre propio, en contra de la E.P.S. SANITAS, por la presunta vulneración de los Derechos Fundamentales a la Salud, Vida y Dignidad Humana.

I. ANTECEDENTES

La precitada ciudadana mediante documento escrito interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S. SANITAS, por la presunta vulneración de los Derechos Fundamentales a la Salud, Vida y Dignidad Humana, con base en los siguientes:

II. HECHOS

Como supuestos fácticos del amparo impetrado, la accionante aduce los siguientes:

Señala la accionante, que presenta crisis convulsivas desde los 6 años de edad, recibiendo diferentes tratamientos médicos, que desde hace varios meses le han formulado los medicamentos de marca comercial VIMPAT y LAMICTAL, por cuanto, su médico tratante especialista en Neurología considera que debe consumir dichas marcas comerciales y no genéricos.

Aduce que desde el mes de julio de la presenta anualidad, la accionada E.P.S. SANITAS, le ha negado sus medicamentos NO POS, por lo cual ha tenido que costearlos con su pecunio y los mismos tiene que adquirirlos cada 10 días, medicinas costosas y no cuenta con los recursos para ello.

Informa que, ha presentado fallos terapéuticos requisitos solicitado por la entidad de salud accionada en caso de medicamentos NO POS, para la entrega de medicamentos y no se le entregan con el argumento que debe ser por el médico especialista, siendo que el Neurólogo ha justificado con la historia clínica donde se observa sus antecedentes.

- Copia declaración bajo juramento de 4 de octubre de 2022.
- Copia Historia Clínica N° ingreso 289176 de 26 de agosto de 2022.
- Copia Formula medica N° 4236 Clínica Foscal.
- Copia Reporte Fallo Terapéutico de fecha 16 de julio de 2022
- Copia Eventos y/o Fallas Terapéuticas a Medicamentos y Dispositivos Médicos de 17 de agosto de 2022
- -Copia Cedula de ciudadanía CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES.

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por la accionante CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, es que se le protejan sus Derechos Fundamentales a la Salud, Vida y Dignidad Humana, y en consecuencia, se ordene a la E.P.S. SANITAS, se autorice y entregue, los medicamentos de marca comercial VIMPAT y LAMICTAL, ordenados por el médico tratante.



IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto según acta N° 5181, este Despacho mediante auto del 4 de octubre de 2022, admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la accionada para que informara el motivo por el cual no ha autorizado y entregado los medicamentos VIMPAT y LAMICTAL; efectuando pronunciamiento y ejerciera su derecho constitucional de defensa y contradicción. De igual manera, se ordenó vincular a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

V. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADA

E.P.S. SANITAS.

Vía correo electrónico recibido el 6 de octubre de 2022, por intermedio de la señora MARTHA ARGENIS RIVERA, en calidad de Subdirectora de dicha E.P.S., efectúa pronunciamiento respecto al traslado que se le hiciera, informando que la accionante CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, se encuentra en estado Activo, brindándole toda la cobertura del Plan de Beneficios en Salud (PBS) que trata la Resolución 2292 de 2021; y se le ha autorizado todos los servicios que ha requerido, cumpliendo de esta manera con las obligaciones de aseguramiento, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Afirma que, en lo concerniente a la entrega de los medicamentos VIMPAT y LAMICTAL, caso que fue escalado para autorización de marca comercial el 22 julio hogaño, dándose concepto negativo del químico farmacéutico, por cuanto los reportes enviados no describen un evento adverso o un fallo terapéutico generados con el uso de las marcas institucionales.

Indica, que en los dos reportes enviados que contienen la misma observación, el profesional describe la patología de la paciente y sus complicaciones, para finalmente informar que el neurólogo realiza ajuste de formulación a comerciales; que del proceso adelantado por la gerencia de medicamentos aclara que la aprobación de marcas comerciales se realiza bajo el supuesto de la generación de eventos adversos o fallos terapéuticos con el uso de los medicamentos entregados por E.P.S. SANITAS a sus afiliados.

Agrega, que por lo expuesto se ha actuado de acuerdo con la normatividad vigente, razón por la que solicitan se declare improcedente la presente acción, toda vez que no se evidencia vulneración alguna de derechos fundamentales a la accionante y por el contrario esta entidad ha actuado de acuerdo con la normatividad vigente.

Que al ordenar el Despacho, que la E.P.S. SANITAS S.A.S autorice la atención de prestaciones asistenciales excluidas del Plan Obligatorio de Salud, sin ordenarle a la ADRES el reintegro en un 100% del valor de las mismas, se está imponiendo sin fundamento legal alguno, obligaciones que no le corresponden, vulnerando con ello su seguridad jurídica, la cual se encuentra garantizada por las diferentes normas que conforman el marco jurídico, y que regulan sus obligaciones y su participación junto con el Estado, en la prestación de los servicios de salud.

Como probatoria anexó en formato digital, Certificado de existencia y representación legal de E.P.S. Sanitas S.A.S., expedido por la Cámara de Comercio.



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

Mediante correo electrónico del 06 de octubre de 2022, a través del señor JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, obrando como apoderado conforme al poder conferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, Doctor Fabio Ernesto Rojas Conde, expone todo su marco normativo donde claramente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017 y que partir del (01) de agosto del año 2017 entró en operación la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

A su vez expone que como consecuencia de la entrada en operación de ADRES y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, se suprimió el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y con éste la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social.

Seguidamente, ahonda sobre las funciones de las entidades promotoras de salud-E.P.S., de la reglamentación legal sobre coberturas de procedimientos, servicios y medicamentos, y hace un extenso relato sobre las nuevas disposiciones contenidas en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, emanada del Ministerio de Salud y protección social, donde estableció el presupuesto máximo para la financiación de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS, de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado, y a su vez, se definieron los servicios y tecnologías en salud financiadas y NO financiadas, con cargo a dicho presupuesto máximo.

Frente al caso en concreto aduce que es función de la E.P.S., y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a la entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad. Recordando que las E.P.S. tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las E.P.S..

Manifiesta, que acerca de la extinta facultad de recobro, se suele solicitar equivocadamente que la ADRES financie los servicios no cubiertos por la UPC, o que el Operador Judicial de tutela la faculte para recobrar ante la entidad los servicios de salud suministrados; por ello; el Juez de alzada debe abstenerse de pronunciarse sobre el reembolso de los gastos que se incurra en cumplimiento de la tutela de la referencia, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y al revivirla vía tutela, generaría un doble desembolso a las E.P.S. por el mismo concepto, ocasionando no solo un desfinanciamiento al sistema de salud sino también un fraude a la ley.



Por todo lo anterior, cierra su intervención solicitando que se niegue el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la ADRES, abstenerse de vincular a la ADRES en las siguientes oportunidades que traten asuntos relacionados con temas de prestación de servicios, en razón al cambio normativo, puesto que la E.P.S. ya cuenta con los recursos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud y modular las decisiones en el sentido de no comprometer la estabilidad del sistema de seguridad social.

Anexó como soporte de sus afirmaciones, Poder Especial documento digitalizado:

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“...En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, Abril 3 de 1992, página 167).

B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.



La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LAS PARTES

Se precisa que existe legitimación por activa de la señora CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, identificado con Cédula de Ciudadanía número 37'890.177 expedida en San Gil, quien interpone la presente acción de tutela en contra de E.P.S. SANITAS S.A.S., por la presunta vulneración de sus Derechos Fundamentales a la Salud, Vida y Dignidad Humana.

Así mismo, la E.P.S. SANITAS S.A.S., en su condición de persona jurídica de derecho privado, está legitimada por pasiva, en tanto se les atribuye la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la parte actora de esta acción constitucional. En igual sentido, se encuentra legitimada la entidad vinculada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Juzgado en esta oportunidad, determinar si la E.P.S. SANITAS, conculco o no las prerrogativas fundamentales a la Salud, Vida y Dignidad Humana de la señora CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, por la no la autorización y entrega de los medicamentos comerciales VIMPAT y LAMICTAL, ordenados por el médico tratante y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tal fin.

VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Para dilucidar el quid del asunto, conviene traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por la accionante y en donde la Corte Constitucional abordando el estudio de los elementos en torno a la naturaleza del Derecho a la Salud, en la Sentencia T-171 de 2018¹, expuso:

“(...) 3. Naturaleza jurídica y protección constitucional del derecho a la salud

La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-171 del 07 de mayo de 2018, M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger



3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo²

3.1.1 La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho³–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).⁴

3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.

Derecho fundamental por conexidad

3.1.3. Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su “conexidad” con el derecho fundamental a la vida.

3.1.4. Es decir, según el criterio de “conexidad”, bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales.⁵

Dignidad humana como base de los derechos fundamentales

3.1.5. Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:

“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que

² La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la salud, sin embargo, algunas de las sentencias más relevante en torno al proceso de construcción de la salud como servicio público y derecho fundamental son: T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón; T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-227 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet; C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-875 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.; T-921 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy; T-053 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-120 de 2009, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; entre otras.

³ Tanto la jurisprudencia como la doctrina y la filosofía jurídica coinciden en considerar que el reconocimiento de la salud como un derecho parte del convencimiento de que el ser humano no puede existir dignamente y no puede realizar sus funciones vitales si carece de salud: “El ser disminuido en sus facultades solo puede ejercer sus funciones imperfectamente. A partir de allí el derecho a la vida se amplía e incorpora una serie de derechos más concretos como el derecho a la vida saludable e íntegra. La salud se constituye en el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana –sus condiciones físicas y mentales– como requisito indispensable para ser lo que está llamado a ser” Arbeláez Rudas, Mónica, *Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud*, Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), 2006, pp. 71 y 71.

⁴ Al interior de la Carta Política la salud era entendida como un servicio público y solo se reconocía explícitamente como derecho fundamental en el caso de los niños según el artículo 44. En la actualidad la jurisprudencia constitucional ha reconocido para todas las personas el derecho fundamental autónomo a la salud.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.



valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”⁶.

3.1.6. *La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.⁷*

3.1.7. *Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud.*

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. *La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la “conexidad” como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:*

“Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”⁸.

3.1.9. *Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.*

3.1.10. *La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”⁹.*

3.1.11. *En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y*

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁷ Se elimina la distinción del Título II de la Constitución Política entre los derechos fundamentales del Capítulo I y los derechos económicos, sociales y culturales del Capítulo II por su clara interrelación en la realización efectiva de la dignidad humana en el marco de un Estado Social de Derecho.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.



mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.¹⁰ (...).”

IX. CASO EN CONCRETO

La señora CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, actuando en nombre propio, interpone acción de amparo en contra de la E.P.S. SANITAS, por la presunta vulneración de los Derechos Fundamentales a la Salud, Vida y Dignidad Humana, debido a que la accionada no le ha autorizado y entregado los medicamentos VIMPAT y LAMICTAL, ordenado por su médico tratante, según historia clínica y fórmula expedida el 26 de agosto de 2022, el cual le fue prescrito para tratar su diagnóstico de “*EPILE.P.S.IA FOCAL ESTRUCTURAL SINTOMÁTICA REFRACTARIA*”, aduciendo que es de vital importancia para garantizar la mejoría en su salud y conservar su vida en condiciones dignas. Aduce que desde el mes de julio de la presenta anualidad, la accionada E.P.S. SANITAS, le ha negado su medicamento NO POS, por lo cual ha tenido que costearlos con su pecunio y los mismos tiene que adquirirlos cada 10 días, medicinas costosas y no cuenta con los recursos para ello. Informa que, ha presentado fallos terapéuticos requisitos solicitado por la entidad de salud accionada en caso de medicamentos NO POS, para la entrega de medicamentos, y no se le conceden con el argumento que debe ser por el médico especialista, siendo que el Neurólogo ha justificado con la historia clínica, donde se observa sus antecedentes.

Por su parte, la accionada E.P.S. SANITAS, en su participación en el contradictorio, apuntó a expresar, que en lo concerniente a la entrega de los medicamentos VIMPAT y LAMICTAL, el caso fue escalado para autorización de marca comercial el 22 julio hogaño, dándose concepto negativo del químico farmacéutico, por cuanto los reportes enviados no describen un evento adverso o un fallo terapéutico generados con el uso de las marcas institucionales.

Según la situación fáctica planteada en el libelo de tutela y las probanzas aproximadas por la accionante, se tiene que presenta el diagnóstico de “*EPILEPSIA FOCAL ESTRUCTURAL SINTOMÁTICA REFRACTARIA*”(sic), siendo una enfermedad ruinosa o catastrófica¹¹, por tanto, debiéndose considerar un sujeto de especial protección constitucional, tal y como consta en la historia clínica aportada, requiriendo urgentemente de todos los servicios que le fueron ordenados, para el completo restablecimiento y preservación de su salud, siendo específico el galeno tratante en prescribir dentro del “Referencia y Contrareferencia” de su historia clínica: “**PACIENTE DE 57 AÑOS CON DIAGNÓSTICO DE: 1. EPILE.P.S.IA FOCAL ESTRUCTURAL SINTOMATICA REFRACTARIA; REFIERE HA PRESENTADO CRISIS CONVULSIVAS POR LA NO INGESTA DE LACOSAMIDA VIMPAT YA QUE E.P.S. ESTA RESTRASANDO LA ENTREGA DE LA MEDICACION ARGUMENTANDO REQUIERE FORMATO FORAM. TRATAMIENTO; LACOMIDA VIMPAT TAB 200 MG 1 CADA 12 HORAS LAMOTRIGINA LAMICTAL TAB 100 MG 1 CADA 12 HORAS VIA ORAL. TOPIRAMATO TAB 50 MG CADA 12 HORAS VIA ORAL OXCARBAZEPINA TAB TRILETAL 600 MG 1 CADA 12 HORAS VIA ORAL. NOTA. PACIENTE VIENE TOMANDO MARCAS COMERCIALES DE LOS MEDICAMENTOS DESDE HACE VARIOS AÑOS.**”; medicamentos, recetados en formula medica de fecha 26 de agosto de 2022, pero pese a haber sido ordenados bajo criterio científico de su médico tratante Dr. Elver Pérez Rangel -Neurólogo, aún no le han sido autorizados y entregados en sus cantidades y oportunidades por la E.P.S., situación que menoscaba sobremanera el estado de salud de la accionante, máxime cuando su diagnóstico es delicado y requiere completamente de la asistencia prescrita, atrás reseñada, para estabilizar su calidad de vida, convirtiéndose en un servicio esencial que al no ser suministrado por la E.P.S., pone en riesgo el derecho a la salud y vida digna de la paciente. (Negrilla por el Despacho)

¹⁰ La salud pasa de ser un derecho de los ciudadanos en relación con el Estado en el ámbito de prestación de un servicio público, para ser entendida como un derecho pleno, irrenunciable y exigible de la persona. Esta postura ha sido desarrollada, entre otras, por las sentencias: T-358 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-671 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-104 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-894 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio



De importancia señalar por el Despacho, que mediante, Resolución 3974 de 2009, EL Ministerio de Salud y Protección social, estableció la Epilepsia, como patología considerada de alto costo, entre otras así:

“ARTÍCULO 1o. ENFERMEDADES DE ALTO COSTO. Para los efectos del artículo 1o del Decreto 2699 de 2007, sin perjuicio de lo establecido en la Resolución 2565 de 2007, téngase como enfermedades de alto costo, las siguientes:

- a) Cáncer de cérvix
- b) Cáncer de mama
- c) Cáncer de estómago
- d) Cáncer de colon y recto
- e) Cáncer de próstata
- f) Leucemia linfocítica aguda
- g) Leucemia mieloide aguda
- h) Linfoma hodgkin
- i) Linfoma no hodgkin
- j) Epilepsia**
- k) Artritis reumatoidea
- l) Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).” (Negrilla por el Despacho)

Indicándose, en la resolución en comento, en su numeral 2º: **“Epilepsia: Trastorno cerebral causado por una excitación anormal en las señales eléctricas en el cerebro que involucra crisis epilépticas repetitivas y espontáneas de cualquier tipo. Las crisis epilépticas (convulsiones, “ataques”) son episodios de alteración de la función cerebral que producen cambios en la atención o el comportamiento.”**

De la manifestación efectuada por la E.P.S. accionada, donde indica, que para la autorización de marca comercial el 22 julio hogaño, se dio concepto negativo del químico farmacéutico, por cuanto los reportes enviados no describen un evento adverso o un fallo terapéutico generados con el uso de las marcas institucionales, se advierte que en la historia clínica aportada, como se indicó anteriormente se lee: **“REFIERE HA PRESENTADO CRISIS CONVULSIVAS POR LA NO INGESTA DE LACOSAMIDA VIMPAT YA QUE E.P.S. ESTA RESTRASANDO LA ENTREGA DE LA MEDICACION ARGUMENTANDO REQUIERE FORMATO FORAM”**; igualmente se aportó REPORTE FALLO TERAPÉUTICO, de fecha 16 de julio de 2022, en el cual a la pregunta de las condiciones clínicas del paciente: **“Paciente adulto medio con antecedentes de Epilepsia focal farmacorresistente (inicio a los 6 años) asociado a crisis focales con arresto del lenguaje y dismilnación bilateral, crisis focales con arresto condutual recurrentes quien presento último episodio convulsión generalizada el 6/7/2022, al día 1/7/2022 fue valorado por neurología (Dr. Elver Perez) quien realiza formulación de medicamentos y realiza ajustes de medicamentos comerciales para lograr satisfacción”**, documental suscrito por la médico Ruth Mireya Ramirez Briceño; contrato E.P.S. Sanitas 10-1064687-1-1; y formato, de la E.P.S. de fecha 17 de agosto hogaño, de información de los medicamentos que causan los eventos. Por lo anterior, se desvirtúa la afirmación de la entidad de salud accionada, por cuanto en la documental aportada se enuncia el reporte del fallo terapéutico y el porqué de los ajuste a los medicamentos comerciales por el médico tratante, especialista en Neurología.

Sobre el tema de la necesidad del medicamento comercial respecto al genérico, en la Sentencia T-063 de 2011, la Corte Constitucional, señaló:

“En este sentido, frente a la determinación de la necesidad del medicamento comercial respecto del genérico, así como el reemplazo en el suministro del medicamento de marca por uno genérico, la jurisprudencia ha fijado las siguientes subreglas:

“(i) la determinación de la calidad, la seguridad, la eficacia y comodidad para el paciente en relación con un medicamento corresponde al médico tratante (y eventualmente al comité técnico científico), con base en su expertise y el conocimiento clínico del paciente.



(ii) prevalece la decisión del médico tratante de ordenar un medicamento comercial con base en los criterios señalados (experticio y el conocimiento clínico del paciente), salvo que el Comité Técnico Científico, basado en dictámenes médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere que el medicamento genérico tiene la misma eficacia.

(iii) una E.P.S., en el régimen contributivo o subsidiado, puede reemplazar un medicamento comercial a un paciente con su versión genérica siempre y cuando se conserven los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. La decisión debe fundarse siempre en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente”.¹²

Hilando con lo precedente, se tiene que la señora ANGARITA BUILES, requiere de los medicamentos comerciales respecto al genérico, por cuanto: (i) los medicamentos comerciales VIMPAT y LAMICTAL, fueron formulados por el médico tratante; (ii) la decisión de formulación, fue del médico tratante especialista en neurología Dr. Elver Pérez Rangel –Neurólogo, el cual posee el experticio y conocimiento clínico de la paciente, (iii) y en las pruebas allegadas por la E.P.S. no se advierte que el medicamento genérico atienda los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente, o la fundamentación, de la opinión científica de expertos en la especialidad de neurología, y los efectos que tendrá el medicamento en la paciente; por consiguiente, se hace indiscutible que es el criterio del médico tratante, el que tiene la capacidad de conducir a la autorización de un medicamento de denominación de marca comercial, siendo los aquí solicitados.

Por lo expuesto, queda claro para este Despacho, que la solicitud que eleva la accionante, no obedece a una consideración subjetiva de la misma, sino a la valoración médica científica del profesional de la salud tratante Dr. Elver Pérez Rangel -Neurólogo, de la Clínica Foscal Santa Cruz de la Loma de San Gil, entidad que tienen convenio con la E.P.S. SANITAS, como se advierte en la historia clínica aportada, quien consideró necesario para el tratamiento de la patología de “EPILEPSIA FOCAL ESTRUCTURAL SINTOMÁTICA REFRACTARIA”, padecida por la señora CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, la formulación de los medicamentos comerciales ampliamente mencionados precedentemente, por lo que para este Juzgado resulta necesario precisar que en relación con el médico tratante y la prioridad de sus órdenes la Corte Constitucional en Sentencia T-345 de 2013, señaló:

“3. El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud – Reiteración de Jurisprudencia

3.1. En múltiples ocasiones, diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana.[13] Esto fue recogido por la sentencia T-760 de 2008 en la regla: toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, E.P.S., autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud’, pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante.

En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.

¹² Sentencia T- 689 de 2010. Ver además sentencias T-1083 de 2003, T-1175 de 2008.



3.2. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos, tal como podría ocurrir en el caso concreto.

3.3. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.

Por supuesto, hay casos en los que, con mayor evidencia técnica y científica puede controvertirse la posición del médico tratante. Esto fue recogido por la sentencia T-344 de 2002 al establecer que para que el dictamen del médico pueda ser legítimamente controvertido “la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa con-traria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante”.

Así las cosas, existen casos en los que se pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes y ello es constitucionalmente legítimo en tanto la decisión contraria a lo prescrito por el médico tratante (i) se fundamente en la mejor información técnica o científica (ii) en la historia clínica del paciente, y las particularidades relevantes del caso concreto, estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado y (iii) especialmente cuando está en riesgo la vida y la integridad personal del paciente...”.

Además de lo anterior, declara la libelista que ha tenido que costear los medicamentos de marca comercial con su pecunio, los que tiene que adquirir cada 10 días, medicinas que tienen un alto valor y no cuenta con los recursos para ello; al tratarse dicha aseveración de una afirmación indefinida mediada por el principio de Buena Fe, que a su vez se encuentra reforzada por la presunción de carencia de recursos, afirmación que no fue controvertida por la Entidad accionada por la inversión de la carga de la prueba. En ese sentido, el máximo órgano de cierre constitucional, al respecto de la capacidad económica del paciente y la inversión de la carga de la prueba, afirmó en Sentencia T-405 de 2017, lo siguiente:

“(…) 7.6. De forma puntual, en torno a la capacidad económica del paciente y su familia, este Tribunal ha concluido que el actor y su núcleo familiar están en la obligación de poner en conocimiento del juez el evento de una precaria situación económica, invirtiéndose con ello la carga de la prueba hacia la E.P.S., quien deberá acreditar que el afiliado cuenta con la capacidad financiera requerida; en caso de guardar silencio, se tendrá por probada la afirmación del accionante. Se ha considerado que:



“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población” (...).”

Así las cosas, se tutelarán los Derechos Fundamentales a la Salud, Vida y Dignidad Humana de la accionante, y como resultado se ordenará al Representante Legal de la E.P.S. SANITAS o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, AUTORICE Y SUMINISTRE a la señora CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, los medicamentos “VIMPAT y LAMICTAL” en las dosis y oportunidades formuladas por el Dr. Elver Pérez Rangel –Neurólogo, Neurólogo, galeno tratante de la Clínica Foscal Santa Cruz de la Loma de San Gil, y así se dispondrá en la parte resolutive.

Por la orden que aquí se impone, en reiteradas oportunidades la Honorable Corte ha manifestado que aunque exista un listado de medicamentos, procedimientos, insumos que deben ser de obligatorio cumplimiento dentro del PBS, aquellos que no se encuentren contemplados en él, y sean prescritos por los médicos tratantes, siempre y cuando sea necesario para la vitalidad del paciente, la obligación de suministrarlos oportunamente recae única y exclusivamente en las Entidades Prestadoras de Salud¹³ con el derecho de hacer el recobro ante la entidad competente; empero, en cuanto a la posibilidad de reembolso de las prestaciones asistenciales excluidas del Plan de Beneficio en Salud, este Despacho tiene claro que dichos procedimientos ya se encuentran regulados en la Ley y es por ministerio de ésta que no es dable a este Fallador el ordenar lo que ya está estipulado normativamente, obedeciendo a trámites administrativos que las mismas E.P.S. deben adelantar por su cuenta y oportunamente.

Como colofón, al no advertirse amenaza o vulneración de Derechos Fundamentales por parte de la vinculada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, se procederá a su desvinculación del presente trámite tutelar.

¹³Sentencia T-196 de 2014 Corte Constitucional, “...Cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de determinados procedimientos, o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva E.P.S. está en la obligación de proveérselos. Por regla general, las E.P.S. solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional de la salud, adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, cuando no existe tal orden, ni otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, se torna oportuna la intervención del juez constitucional para dilucidar su pertinencia. En tales casos, es menester verificar si el peticionario padece patologías que conlleven síntomas, efectos y tratamientos que configuren hechos notorios. Ante esa eventualidad, el operador judicial puede prescindir del soporte médico para dar aplicación a las reglas de la sana crítica, que lo conduzcan a una intelección apropiada de la realidad.



En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. **TUTELAR** los Derechos Fundamentales a la SALUD, VIDA y DIGNIDAD HUMANA de la señora CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, identificado con Cédula de Ciudadanía número 37'890.177 expedida en San Gil, en la acción de tutela promovida en contra de la E.P.S. SANITAS, en los términos y por las razones previstas en el presente proveído.

SEGUNDO. **ORDENAR** al Representante Legal de la E.P.S. SANITAS, o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, AUTORICE Y SUMINISTRE a la señora CLARA PATRICIA ANGARITA BUILES, los medicamentos "VIMPAT y LAMICTAL" en las dosis y oportunidades formuladas por el médico tratante, servicios de salud que le fueron ordenados por el Dr. Elver Pérez Rangel –Neurólogo, galeno tratante de la Clínica Foscal Santa Cruz de la Loma de San Gil, necesarios para el tratamiento de la patología de "EPILEPSIA FOCAL ESTRUCTURAL SINTOMÁTICA REFRACTARIA", de conformidad con lo considerado en el presente proveído.

PARÁGRAFO. En cuanto a la posibilidad de recobro, la E.P.S. SANITAS, deberá ceñirse a las directrices plasmadas en las leyes y acuerdos vigentes para tal efecto.

TERCERO. **DESVINCULAR** del presente trámite tutelar a la vinculada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, de acuerdo con lo esbozado en la parte motiva.

CUARTO. **NOTIFÍQUESE** esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.

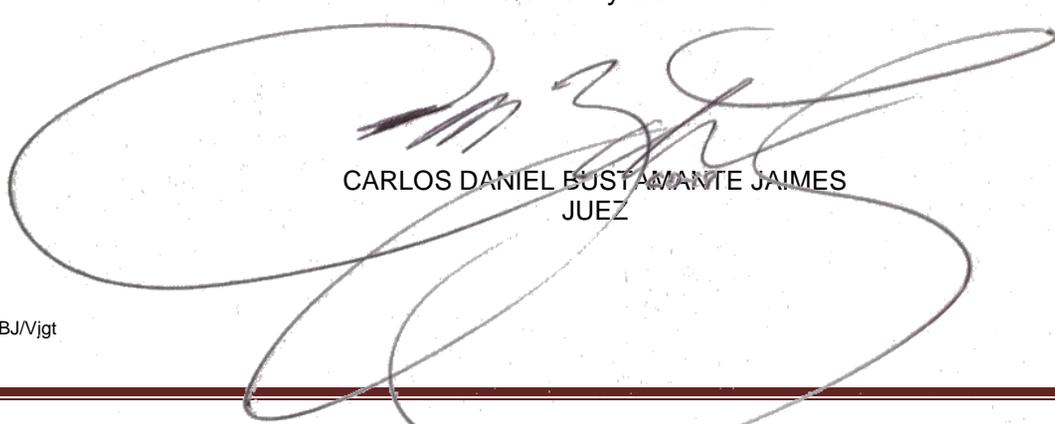
QUINTO. Contra esta decisión procede la **IMPUGNACIÓN** presentada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

OCTAVO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ