

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá D.C., 16 de agosto de 2022

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decidir la acción de tutela promovida por **MARÍA BERTHA ROA BERMÚDEZ** en calidad de agente oficiosa de su hijo **E.S.Y.R**, en contra de la **EPS FAMISANAR**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida en condiciones dignas, integridad física y seguridad social.

II. HECHOS

La agente oficiosa señaló, que su hijo padece de acuerdo con orden medica emitida el 9 de julio del presente año por la medico tratante adscrita a la IPS CAFAM “ENFERMEDAD ALÉRGICA -ASMA – RINITIS – DERMATITIS Y OTROS”, razón por la cual se ordenó iniciar tratamiento de medicamentos con el fin de controlar los impactos negativos sobre la salud de su hijo, suministrando mensualmente el medicamento:(...) “MONTELUKAST TABLETA 5 MG”.

La accionante indica que cada mes acuden a las instalaciones de FAMISANAR EPS para obtener las autorizaciones de entrega de dicho medicamento, sin embargo, la entidad siempre impone obstáculos y trámites administrativos que imposibilitan la entrega oportuna, completa y de calidad del mismo, razón por la cual ha tenido que solicitar la intervención de la personería de Bogotá, para que la entidad haga entrega de los medicamentos.

Alega que para el momento en que se radica la acción constitucional de tutela, FAMISANAR E.P.S no dio respuesta alguna al requerimiento hecho sobre la entrega de los medicamentos, justificando de diferentes maneras la falta de atención pronta y efectiva en el suministro de los mismos, lo cual puede generar una afectación mayor en el menor de edad, ya que requiere el medicamento en mención para evitar asfixia constante en él y le facilita su respiración y no cuenta con los recursos económicos para asumir el pago del mismo.

Razón por la cual, además de una medida provisional, requiere el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, salud, dignidad humana y seguridad social y en consecuencia se ordene a la EPS FAMISANAR se le haga entrega inmediata y completa del medicamento MONTELUKAST TABLETA 5 MG.

III. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA

El 3 de agosto de 2022, se concedió la medida provisional solicitada, se admitió la tutela y se ordenó correr traslado de la demanda y sus anexos a la **EPS FAMISANAR S.A.**, a fin de pronunciarse sobre la acción de tutela instaurada en su contra, y se vinculó a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, y a la **IPS CAFAM**, por cuanto podrían verse eventualmente afectados con el fallo que se profiera.

1.- El Apoderado Judicial de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES**, informó que es obligación de las EPS garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, de manera que no pueden retrasarla colocando en riesgo su vida o su salud. De igual manera aclaran que no habrá lugar a ningún tipo de recobro por parte de la EPS FAMISANAR a la administradora ADRES, pues indica que para ello se fijó el presupuesto máximo para que las EPS garanticen la atención completa y de calidad a sus afiliados dentro de los cuales se encuentran los “no incluidos” en los recursos de la UPS y de esta manera suprimir los obstáculos que impidan el adecuado flujo de los recursos.

Por lo anterior, Solicitó negar el amparo en lo relacionado con la Administradora de los Recursos de Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y así mismo exonerar a la entidad de alguna responsabilidad, pues alega no haber desplegado ningún tipo de conducta encaminada a vulnerar los derechos fundamentales del menor.

2.- La abogada de la sección de litigios y consultas de la subdirección jurídica de la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR -CAFAM-**; indico que la entidad brinda únicamente el servicio de dispensario de medicamentos conforme autorización y direccionamiento de E.P.S FAMISANAR, atendiendo a la disponibilidad en cadena, según inventario y abastecimiento. Indica que de acuerdo a verificación en el sistema se encontraron formulas vigentes para la dispensación del medicamento MONTELUKAST TABLETA 5 MG TABLETA MASTICABLE, el cual con anterioridad no había logrado ser entregado por falta de disponibilidad del mismo en sus farmacias, de manera que la falta de entrega no responde a fallas administrativas.

En consecuencia, solicita excluir a la caja de compensación familiar CAFAM del tramite de la acción, toda vez que las cantidades descritas del medicamento se encontraban disponibles en farmacia CAFAM calle 51 para ser entregadas exclusivamente a la accionante y por lo tanto no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales de E.S.Y.R.

Dando alcance a la respuesta anterior, el día 12 de agosto de 2022 adjunta el soporte de entrega del medicamento en cuestión.

3.- La Directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la **E.P.S. FAMISANAR** indica que existe ausencia de vulneración o amenaza a los derechos fundamentales deprecados y solicitó se deniegue la acción de tutela, por cuanto la EPS efectuó lo tendiente a asegurar el derecho a la salud y la vida del usuario, por cuanto la EPS autorizo lo requerido por el mismo y en ningún momento ha incurrido en conductas dolosas, pues validó con la caja de compensación CAFAM que el medicamento se encontraba en almacenamiento, apartado para ser

entregado únicamente a la accionante mediante autorización con fecha del 10 de junio de 2022.

En consecuencia, solicita denegar el amparo toda vez que el medicamento se encuentra disponible para su entrega y en ningún momento ha incurrido en alguna vulneración de los derechos del menor, y adicionalmente indica que ser concedido el amparo de señale en el acápite resolutivo las prestaciones en salud cobijadas por el fallo, así como la patología respecto de la cual se otorga el amparo.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURIDICOS

4.1. Problema Jurídico

Compete establecer si en este caso, la **EPS FAMISANAR**, está vulnerando el derecho de salud en conexidad a la vida de **E.S.Y.R.**, al no suministrar a tiempo el medicamento **MONTELUKAST TABLETA ORAL CANTIDAD 30 DÍAS TRATAMIENTO 90**.

Para ello se analizará en primer lugar la procedibilidad de la acción de tutela, el derecho fundamental de salud en conexidad a la vida, y luego lo probado en el caso concreto.

4.2. Procedibilidad

- **Legitimación Activa**

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente evento, se satisface la primera de las posibilidades dado que **MARÍA BERTHA ROA BERMÚDEZ** en calidad de representante de su hijo **E.S.Y.R.**, actúa como agente oficiosa, por cuanto el mismo se trata de un menor de edad, que no puede por sí mismo solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida. Así pues, la parte accionante está legitimada para actuar en la presente acción de tutela.

- **Legitimación Pasiva**

Según lo establecido en los artículos 1, 5 y el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares en ciertos eventos en los que el accionante se encuentre en situación de subordinación o indefensión. En este evento la **EPS FAMISANAR**, es una entidad prestadora del servicio de salud de carácter particular, a quien se le atribuye la violación del derecho fundamental de salud en conexidad a la vida, acción frente a la cual el accionante se encontraría en estado de indefensión para lograr obtener la prestación del servicio de salud, por la entidad en la que se encuentra afiliado, por lo tanto, la EPS es demandable en proceso de tutela.

- **Inmediatez**

La acción de tutela fue presentada el 3 de agosto de 2022, fecha que resulta razonable, si se tiene en cuenta que la entidad accionada no ha gestionado y coordinado lo pertinente para la entrega del medicamento *MONTELUKAST TABLETA ORAL CANTIDAD 30 DIAS TRATAMIENTO 90*". En esa medida, la accionante, cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que presentó la acción de tutela en vigencia de la presunta vulneración de sus derechos.

- **Subsidiariedad**

El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela *"solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio*

irremediable". Esta disposición es desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, respecto al caso particular es menester resaltar que los derechos a la salud y vida, como derechos fundamentales pueden ser garantizados por medio de acción de tutela, especialmente cuando de la conducta vulneratoria alegada se desprenda una afectación grave al titular de los derechos, como acontece en el presente caso, en el que pese a la orden médica emitida por el médico tratante, la EPS accionada no ha efectuado la entrega del medicamento *MONTELUKAST TABLETA ORAL CANTIDAD 30 DIAS TRATAMIENTO 90"* a la parte accionante.

4.3 Caso concreto

En el presente caso, **MARÍA BERTHA ROA BERMÚDEZ** actuando como agente oficiosa de su hijo **E.S.Y.R.**, interpuso acción de tutela en contra de la **EPS FAMISANAR**, ante la falta de materialización en la entrega del medicamento *MONTELUKAST TABLETA ORAL CANTIDAD 30 DIAS TRATAMIENTO 90"*, que fuera prescrita por el médico tratante de la EPS FAMISANAR el 9 de julio de 2022, según consta en la presente acción constitucional.

Por su parte **E.P.S FAMISANAR**, puso de presente que siempre ha velado por la prestación de un adecuado servicio de salud a favor del menor **E.S.Y.R.**, ha librado las órdenes y autorizaciones para el servicio requerido. Igualmente la IPS CAFAM, aquí vinculada allegó soporte de entrega del medicamento *MONTELUKAST TABLETA 5 MG* al usuario.

En este orden de ideas, se procedió a comunicarse con la señora **MARÍA BERTHA ROA BERMÚDEZ** quien informó que (i) efectivamente el 9 de agosto del presente, se hicieron 2 entregas del medicamento *MONTELUKAST TABLETA ORAL CANTIDAD 30 DIAS TRATAMIENTO 90*, (ii) que el medicamento debe ser suministrado por el mes de septiembre para de esa manera completar los 3 meses

especificados en la formula y autorización medica mencionada con anterioridad, los cuales deberán ser entregado el 9 del mismo mes, asegurando de esa manera el acceso a la salud del menor **E.S.Y.R.** (iii) requirió solicitar a la EPS FAMISANAR disponer de todos los medios necesarios para asegurar una prestación del servicio de calidad y oportuna, haciendo entrega a tiempo, en fecha y completa a través de la I.P.S que considere pertinente, de los medicamentos faltantes *MONTELUKAST TABLETA ORAL CANTIDAD 30 DIAS TRATAMIENTO 90*, y demás prescritos por los médicos tratantes, en las cantidades y calidades exigidas según el tratamiento dispuesto. Ello de conformidad con la constancia secretarial de fecha 11 de agosto de 2022.

Al Respecto, la Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha sostenido que cuando la situación fáctica que motivó la presentación de la acción de tutela, se modifica en el sentido de que cesa la acción u omisión que, en principio, generó la vulneración de los derechos fundamentales, de manera que la pretensión presentada para procurar su defensa, está siendo debidamente satisfecha, 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, al respecto la Corte Constitucional en sentencia T 086-2020 dispuso:

“En reiteradas ocasiones, esta corporación ha señalado que la carencia actual de objeto se configura cuando la orden del juez constitucional no tendría efecto alguno o “caería al vacío”, y que dicho fenómeno puede presentarse bajo las categorías de hecho superado, daño consumado o el acaecimiento de alguna otra circunstancia que conduzca a que la vulneración alegada ya no tenga lugar siempre que esta no tenga origen en la actuación de la entidad accionada (situación sobreviniente).

En relación con la primera categoría (carencia actual de objeto por hecho superado, en adelante, “hecho superado”), el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 determina lo siguiente: “Artículo 26.- (...) Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”.

Así las cosas, resulta claro que no es procedente tutelar la acción constitucional, respecto a la autorización de la entrega del medicamento *“MONTELUKAST TABLETA ORAL CANTIDAD 30 DIAS TRATAMIENTO 90”* ante la

carencia actual de objeto, pues la entidad accionada realizó lo pertinente para materializar el suministro del medicamento *MONTELUKAST TABLETA ORAL CANTIDAD 30 DIAS TRATAMIENTO 90* requerido por la parte actora.

Del tratamiento integral

De otra parte y en lo que respecta a la petición de la parte accionante de garantizar **TRATAMIENTO INTEGRAL**, en el sentido de no tener que interponer acciones de tutela por cada medicamento que se le ordene al menor de edad **E.S.Y.R.**, atendiendo el diagnóstico que lo aqueja, esto es, *“ENFERMEDAD ALÉRGICA – ASMA – RINITIS – DERMATITIS Y OTROS”*, de conformidad a la prescripción médica aportada y atendiendo las dilaciones injustificadas en que ha incurrido la E.P.S., es procedente enunciar desde ya la concesión del mismo.

Sobre el tema la sentencia T- 259 del 6 de junio de 2019, la Corte Constitucional sentó un criterio en punto de la necesidad de otorgar de manera anticipada el tratamiento integral a un paciente:

“El tratamiento integral tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. “Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en “asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”.

Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación y previsión de los

servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la E.P.S, de la siguiente manera:

“La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”¹

Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a:

“(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”². “Adicionalmente, la protección del derecho fundamental a la salud, no se agota con la sola prestación del servicio, sino que, además, implica que el costo que éste demande deba ser asumido por la entidad encargada de proporcionar la atención médica cuando se encuentra en el POS o una vez prestado el servicio presentara repetición contra el FOSYGA cuando la atención se excluya de los planes obligatorios de salud. Ello de conformidad con el principio de integralidad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud”³.

“En todo caso debe precisarse de manera clara que el principio de integralidad, no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente”⁴.

“En este estado de cosas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido criterios específicos gracias a los cuales se configura la obligación de prestar de manera integral el servicio de salud, los cuales facultan al juez constitucional para impartir órdenes precisas en la salvaguarda de los derechos de las personas. Así, cumplidos los presupuestos de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, y ante la existencia de un criterio determinante de la condición de salud de una persona, consistente en que se requiere un conjunto

de prestaciones en materia de salud en relación con dicha condición⁵, es deber del juez o jueza de tutela reconocer la atención integral en salud.⁶

Así las cosas, es claro que se está en presencia de un menor de edad que requiere el tratamiento integral para evitar futuras vulneraciones al derecho a la salud en conexidad a la vida, dignidad humana y seguridad social del mismo y en consecuencia, se debe garantizar a través del Representante Legal y/o quien estatutariamente haga sus veces de **FAMISANAR EPS**, el tratamiento integral para la patología de “ENFERMEDAD ALÉRGICA -ASMA – RINITIS – DERMATITIS Y OTROS” que padece el menor de edad E.S.Y.R., tratamiento que comprenda fórmulas médicas, exámenes de diagnóstico, exámenes especializados, consultas de médicos generales y especialistas, hospitalización e intervenciones quirúrgicas, insumos, terapias y aditamentos, cuando el caso lo amerite y resulte necesario para el manejo del diagnóstico que afronta el mismo, según las indicaciones dadas por su médico tratante.

La anterior orden se emite de manera determinada, esto es, especificando la patología concreta sobre la cual debe imperar el suministro de atención integral y que corresponde a la presente acción de tutela sin que sea posible argumentarse la protección respecto de patologías futuras e inciertas, por cuanto la padecida por el menor de edad **E.S.Y.R.**, es actual y requiere atención especial, de donde se insta a la entidad accionada, para que dicha atención sea brindada en debida forma y en términos razonables.

De lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida, dignidad humana y seguridad social invocados por la señora **MARÍA BERTHA ROA BERMÚDEZ** actuando en representación de su hijo menor de edad

E.S.Y.R., vulnerados por la **EPS FAMISANAR**, según se consideró en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal y/o a quien estatutariamente haga sus veces de la **EPS FAMISANAR**, garantizar al menor de edad **E.S.Y.R.**, el **TRATAMIENTO INTEGRAL** para la patología de *“ENFERMEDAD ALÉRGICA – ASMA – RINITIS – DERMATITIS Y OTROS”*, según conste en la prescripción médica, tratamiento que comprenda fórmulas médicas, exámenes de diagnóstico, exámenes especializados, consultas de médicos generales y especialistas, hospitalización, insumos, y terapias, cuando el caso lo amerite y resulte necesario para el manejo del diagnóstico que afronta el menor de edad E.S.Y.R., de conformidad a las indicaciones dadas por su médico tratante. Según se indicó en precedencia.

TERCERO: NO TUTELAR la entrega del medicamento *“MONTELUKAST TABLETA ORAL CANTIDAD 30 DIAS TRATAMIENTO 90”* a favor de **E.S.Y.R.**, al haberse constatado la existencia de un hecho superado, conforme se determinó en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: NOTIFICAR la sentencia de acuerdo con las previsiones del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de que no sea impugnada, remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA RÍOS PEÑUELA

**JUEZA 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE
BOGOTÁ**