Valledupar, Trece (13) de octubre del dos mil veintitrés (2023).

Referencia: ACCION DE TUTELA.
Accionante: KEREN JAHAZIEL PINTO PARRA
Accionado: EPS FAMISANAR
Vinculada: SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CESAR - CAFAM
Rad. 20001-41-89-002-2023-00523-00
Providencia: FALLO DE TUTELA

Procede el Juzgado a dictar el fallo correspondiente en la acción de tutela referenciada. En la cual se relacionan los siguientes:

I. HECHOS:

- Manifiesta la accionante que el 21 de julio del año corriente, su médico tratante ordeno el medicamento MEBEVERINA-SIMETICONA, en una cantidad de 60 capsulas.

- Indica que ha solicitado de manera reiterada la solicitud de entrega del medicamento ordenado, sin que a la fecha se haya realizado la entrega del medicamento solicitado.

II. ACTUACIÓN PROCESAL:

Por venir en forma legal la demanda de tutela fue admitida mediante auto de fecha cinco (05) de octubre de dos mil veintitrés (2023), notificándose a las partes sobre su admisión, y solicitando respuesta de los hechos presentados por el accionante a la parte accionada.

III. CONTESTACION DE LA PARTE

La parte accionada **EPS FAMISANAR,** contesto la presente demanda de la siguiente manera:

Informo que la señora Karen Pinto, ha recibido tratamiento medico de conformidad a lo ordenado por los médicos tratante, que con respecto al medicamento MEBEVERINA – SIMETICONA, se allego acta de entrega del día 18 de agosto de 2023, por parte de farmacias Cafam y que actualmente no se evidencia ordenamiento medico para entrega de medicamento, por lo que manifiesta se deniegue las pretensiones de la accionante por inexistir vulneración a sus derechos fundamentales.

La entidad vinculada **CAFAM,** contesto la presente demanda de la siguiente manera:

Informo que la ultima autorización que efectuó FAMISANAR EPS corresponde al mes de agosto del presente año, oportunidad la Caja de compensación Familiar Cafam efectuó debidamente la dispensación de dicho fármaco. En este sentido, de acuerdo con las autorizaciones emitidas por la aseguradora, la última entrega que se efectuó data del 16 de agosto de 2023, como prueba de esto, se adjunta el certificado de dispensación.

Así mismo, manifiesta que no se cuentan con más ordenes autorizadas y direccionadas a la IPS CAFAM, por lo cual a la fecha no se tienen pendientes respecto de la señora Keren Jahaziel Pinto Parra

La entidad vinculada **SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR,** quien fue debidamente notificada no contesto.

IV. PRETENSIONES:[1]

PRIMERO: Solicito respetuosamente que me sea tutelado el derecho fundamental a la salud.

[1] Tomado textualmente de la demanda.

SEGUNDO: Ordenar a la EPS FAMISANAR, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo se AUTORICE Y ORDENE de manera INMEDIATA Y PRIORITARIA la ENTREGA del medicamento MEBEVERINA-SIMETICONA

V. DERECHO FUNDAMENTAL TUTELADO:

El accionante considera que, con los anteriores hechos se está vulnerando el derecho fundamental a la salud, dignidad humana entre otros.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

La Constitución de 1991 consagró, en el artículo 86, la acción de tutela como un mecanismo creado para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas que por alguna acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, son amenazados o, de hecho, vulnerados.

6.1. Competencia del Juez para la resolución del presente conflicto jurídico - constitucional:

Además de las normas citadas en el encabezamiento de esta providencia acerca de la facultad en cabeza de los Jueces de la República para conocer de este tipo de conflicto jurídico-constitucional, el Decreto 1382 de 2000, estableció las reglas para el reparto de la Acción de Tutela. Al manifestar la Corte Constitucional que todos los jueces son competentes para conocer de Tutelas, este Despacho es competente para conocer de ella, en consecuencia, entrará a estudiar sí en efecto se han vulnerado los derechos cuya protección reclama la accionante.

6.2. Legitimación por activa. Conforme al artículo 86 de la Carta, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular. Por su parte, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma en cita establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) mediante agente oficioso.

En el caso objeto de estudio se observa que la señora KEREN JAHAZIEL PINTO PARRA, que actúa en nombre propio, es la persona directamente afectada, ante la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud, a la vida, dignidad humana, entre otros, por lo que se en conjunto estas dos circunstancias hacen concluir que el requisito de legitimación por activa se encuentra satisfecho de buena manera.

6.3. Legitimación por pasiva. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.

En el asunto de la referencia, la acción de tutela se dirige contra EPS FAMISANAR , quien es la entidad, a la cual se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales a la Salud, la vida entre otros, lo cual deriva en ostentar la capacidad para ser sujeto pasivo de la presente acción constitucional.

6.4. Derecho a la salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia:

El artículo 49 de la Constitución consagra la salud como un servicio público a cargo del Estado, el cual debe garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; es así como, desde este criterio de universalidad, debe abordarse el estudio del carácter fundamental de este derecho, “en dos pilares armónicos y complementarios,

éstos son, el carácter autónomo e independiente que abarca este derecho en sí mismo y en la conexidad que posee con otros derechos de rango fundamental"[2]

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 12 menciona la relación de dependencia que tiene el derecho a la salud con la dignidad del hombre, estableciendo que todas las personas tienen derecho "al disfrute del más alto nivel de salud física y mental"; en consecuencia, establece que los Estados parte, para llevar a cabo la plena realización de este derecho, deben adoptar medidas tales como: "La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

La Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, en la medida en que: "(…) la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica."

Cuando se trata de sujetos de especial protección deviene la irreductible exigencia de una protección constitucional en una dimensión reforzada, debido a que el Estado debe velar por garantizar la mejor prestación posible de este servicio, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen el Sistema General de Seguridad Social de Salud, permitiéndose acudir ante el juez constitucional, de manera directa, cuando tal derecho se encuentre conculcado o amenazado.[3]

6.5. De los servicios en salud ordenados por el médico tratante:

La Corte Constitucional ha señalado reiteradamente que el médico tratante, es decir, aquel facultativo adscrito a la EPS del accionante es el profesional de la salud del cual deben provenir las órdenes de servicios de salud requeridos. Así, para la mencionada Corporación no resultan amparables, en principio, las solicitudes de protección del derecho fundamental a la salud que se refieran a servicios prescritos por un médico que no está adscrito a la EPS del peticionario.

A pesar de lo expuesto, también ha reconocido en algunos casos que las ordenes medicas provienes de un facultativo particular, no adscrito a la EPS del reclamante, pueden llegar a tener valor, como lo sustentó en la sentencia T-760 de 2008 la Honorable Corte Constitucional: "… el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo

[2] T-360 de 2010.
[3] T-360 de 2010.

o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso en concreto."

En consecuencia, una EPS desconoce el derecho fundamental a la salud de una persona cuando, a pesar del carácter urgente del servicio ordenado por el médico, se abstiene de prestarlo.

VII. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico a resolver en el asunto puesto bajo escrutinio de esta judicatura, consiste en determinar si la entidad accionada, está vulnerando o ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora KEREN JAHAZIEL PINTO PARRA, al no realizar la entrega de los medicamentos ordenados por el médico tratante.

VIII. CASO EN CONCRETO

Se extrae de la demanda de tutela y de las pruebas allegas al expediente que la señora KEREN JAHAZIEL PINTO PARRA se encuentra afiliado a EPS FAMISANAR bajo el régimen contributivo, quien acude a través del mecanismo constitucional de la acción de tutela con la finalidad que le entreguen los medicamentos ordenados por su médico tratante.

En consecuencia, se le corrió traslado a la entidad accionada FAMISANAR EPS, que la señora KEREN PINTO, se le realizo entrega del medicamento solicitado el día 18 de agosto de 2023, tal como consta en el acta de entrega aportada por FARMACIAS CAFAM, tal como se observa en el anexo (05-01 del expediente digital).

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, *"cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares* [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991*"*. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008, al afirmar que *"partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del* [Decreto 2591 de 1991]*, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…)"*, ya que *"sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (…)"*.

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, *"ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos"*.

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, de los hechos expuesto y de las pruebas allegadas al expediente por la parte accionada y la entidad vincula, queda claro que ya se realizo la entrega del medicamento solicitado por la accionante, que además no se encuentra servicios pendientes por autorizar o entregar, por lo que atendiendo las consideraciones expuestas anteriormente, el despacho encuentra que en el presente caso no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva, que haya podido concluir con la supuesta afectación de los derechos fundamentales alegados por la peticionaria, y a partir de la cual se puedan impartir órdenes para la protección.

En consecuencia, analizar en este caso la existencia de una posible afectación a los derechos fundamentales invocados por la actora resultaría inocuo, pues si no existe el hecho generador de la presunta afectación, no hay vulneración o amenaza a garantía fundamental alguna que se pudiera estudiar, motivo por el cual, la acción de tutela elevada por la señora Pinto Parra es improcedente.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo De Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE, la presente acción de tutela instaurada por **KEREN JAHAZIEL PINTO PARRA** en contra de **EPS FAMISANAR**, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Notifíquese este fallo por secretaria, o por el medio más eficaz (oficio o telegrama).

TERCERO: En caso de ser impugnado el presente fallo, envíese por secretaria a la oficina judicial para que se surta el reparto correspondiente, en caso de no serlo, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El Juez,

JOSSUE ABDON SIERRA GARCES
JUEZ

Valledupar, Trece (13) de octubre del dos mil veintitrés (2023).

Oficio No. 2473

Señores:
KEREN JAHAZIEL PINTO PARRA
Dirección de correo electrónico:

EPS FAMISANAR
Dirección de correo electrónico:

FARMACIAS CAFAM
Dirección de correo electrónico:

SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Dirección de correo electrónico:

Referencia: ACCION DE TUTELA.
Accionante: KEREN JAHAZIEL PINTO PARRA
Accionado: EPS FAMISANAR
Vinculada: SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CESAR - CAFAM
Rad. 20001-41-89-002-2023-00523-00
Providencia: FALLO DE TUTELA

NOTIFICO EL FALLO DE TUTELA DE FECHA TRECE (13) DE OCTUBRE DEL DOS MIL VEINTITRES (2023) QUE EN PARTE RESOLUTIVA DICE **PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE,** la presente acción de tutela instaurada por **KEREN JAHAZIEL PINTO PARRA** en contra de **EPS FAMISANAR**, conforme lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO:** Notifíquese este fallo por secretaria, o por el medio más eficaz (oficio o telegrama). **TERCERO:** En caso de ser impugnado el presente fallo, envíese por secretaria a la oficina judicial para que se surta el reparto correspondiente, en caso de no serlo, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. El Juez *fdo* JOSSUE ABDON SIERRA GARCES.

Atentamente,

ESTEFANIA VILLAMIZAR LARRAZABAL
Secretaria