

Bogotá D.C., 30 de noviembre de 2020. En la fecha ingresa la acción constitucional para fallar la instancia con respuesta de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES.

Laura Montaña Conde
Secretaria



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO VEINTICUATRO DE FAMILIA DE BOGOTÁ
D.C**

Clase de proceso	Acción de tutela.
Accionante:	María Isabel Acevedo.
Accionado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES. Ministerio de Salud y Protección Social
Radicación	110013110 10 024 2020 0048400.
Asunto	Sentencia de tutela.
Fecha de la Providencia	Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Fenecido el término otorgado a las entidades accionadas se procede Despacho a proferir la sentencia de instancia citada en la referencia teniendo en cuenta para ello los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La señora María Isabel Acevedo, actuando en representación de su menor hija Mariana Moreno Acevedo y Agente Oficioso de Azul Sofía Moreno Acevedo, promueve Acción de Tutela en contra de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES y del Ministerio de Salud y Protección Social, representado legalmente por su Directores (as) o quien haga sus veces para que se le tutele el derecho fundamental de salud, debido proceso, seguridad social y vida digna. Para fundamentar su solicitud refiere los siguientes,

1.-Hechos

*Asegura que sus hijas padecen de Atrofia Espinal Muscular AEM, considerada como una enfermedad huérfana, por lo que requieren del uso del medicamento denominad Spinraza12 inyectable (principio activo Nusinersen).

*Dijo que en vista de la patología de sus hijas y debido a que es la representante legal de la sociedad Famecol S.A.S., está informada de los avances científicos y normativos de la patología de la enfermedad antes descrita, debido a ello tiene conocimiento de que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Salud ADRES, pretende modificar y adicionar la Resolución 205 de 2020 por medio de la 2152 del referido año.

*Manifestó que el contenido de la Resolución 2152 de 2020 vulnera los derechos fundamentales de sus hijas pues no se ha generado un espacio de participación, siguiendo la regla hermenéutica establecida en el auto de seguimiento 410 de 2016, usurpando competencias que no han sido otorgadas por la Ley al ente accionado.

II. ACTUACIÓN PROCESAL Y REPSUESTA DEL ENTE ACCIONADO

La solicitud de tutela fue admitida por este Juzgado mediante auto de fecha dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020) en el que se dispuso notificar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES y el Ministerio de Salud y Protección Social y concederles el término de 48 horas para que se pronunciaran por escrito sobre la acción de tutela y allegaran a este Estrado Judicial las pruebas que considerara conducentes y pertinentes, notificación que se surtió a través del correo institucionales electrónicos.

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, manifestó que de acuerdo con lo expresado por el Ministerio de Salud y protección Social, que, con el fin de modernizar las auditorías por la prestación de los servicios de salud, se expidió la Resolución 41656 de 2019, a través de la cual, se establecieron distintas alternativas técnicas para adelantar el proceso de verificación, control y pago de los servicios y tecnologías en salud no financiadas con la UPC. No obstante, dicha resolución se encontraba limitada a los servicios y tecnologías que se

prestaran con anterioridad a la entrada en operación del mecanismo dispuesto en el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, entre otros. A través del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, se estableció la figura de los presupuestos máximos, mecanismo a través de la cual se asigna un presupuesto anual a las EPS, que es transferido por parte de la ADRES a las EPS, para que éstas garanticen a sus afiliados la prestación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC. Dicho mecanismo, se diferencia del recobro en que su giro es previo y no se realiza por servicio o tecnología en salud sino de forma global por los afiliados de las EPS. Sin embargo, la aplicación del artículo 240 estaba sujeto a la reglamentación que para el efecto expidiera el Ministerio de Salud y Protección Social, lo cual ocurrió en el mes de febrero de 2020, mediante la expedición de las Resoluciones 205 y 206 de 2020, las cuales entrarían en aplicación a partir del 1 de marzo de 2020.

Ahora bien, el artículo 10 de la Resolución 205 de 2020, establece que la financiación de los medicamentos que requieran las personas diagnosticadas con una enfermedad huérfana por primera vez, durante la vigencia del presupuesto máximo, será asumida por ADRES, siempre y cuando el paciente esté registrado en el Sistema de Vigilancia en Salud Pública SIVIGIL y del Instituto Nacional de Salud.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 5 de la Resolución 205 de 2020, se consideran financiados con cargo al presupuesto máximo: "5.1.6. Los medicamentos para el tratamiento de enfermedades huérfanas que venían garantizando la EPS o EOC". Sin embargo, el artículo 9 de dicha Resolución, establece que no se financiarán con cargo al presupuesto máximo: "9.4. Medicamentos que contengan el principio activo Nusinersen".

El párrafo del artículo 9 indica que Los servicios y tecnologías en salud susceptibles de financiar con recursos diferentes a la UPC y con el presupuesto máximo, continuarán siendo garantizados por las EPS o EOC a los afiliados, bajo el principio de integralidad de la atención y su liquidación, reconocimiento y pago, cuando proceda, se efectuará conforme al proceso de verificación y control que adopte la ADRES.

Por lo anterior, la ADRES expidió la Resolución 2152 de 2020, mediante la cual se estableció el proceso de verificación y control para algunos de los servicios y tecnologías en salud, contempladas en los artículos 9 y 10 de la Resolución 205 de 2020, en donde no se encuentra incluido el principio activo Nusinersen. Así las cosas, en la página oficial de la ADRES, se publicó el 10 de noviembre de 2020, el proyecto de acto administrativo anteriormente mencionado, en donde se indicó expresamente que los comentarios que se tuvieran sobre éste podrían ser remitidos hasta el 16 de noviembre de 2020 a las 5:00 p.m., por lo que ADRES sí generó un espacio para garantizar la protección efectiva del derecho fundamental a la salud, puesto que cuando se publicó el proyecto de acto administrativo el 10 de noviembre de 2020, se brindó el espacio para que la ciudadanía presentara los comentarios que considerara pertinentes, dentro de los cuales, sí participó la señora María Isabel Acevedo, por lo que no se vulneraron derechos fundamentales.

ADRES actuó conforme las funciones establecidas en el Decreto 780 y 1429 de 2016, los Decretos 546 y 1264 de 2017, tendientes a las verificaciones para adelantar el reconocimiento y pago de los recursos asignados al sector salud, por lo que no se están usurpando competencias ni extralimitándose en sus funciones.

ADRES no está imponiendo barreras administrativas ni está implementando más trámites entre la prescripción médica y el suministro del medicamento con principio activo Nusinersen, puesto que el proyecto de acto administrativo pretende adicionar el procedimiento de verificación, control y pago de algunos servicios y tecnologías no financiados al presupuesto máximo, más no que se garantice la autorización o no del medicamento.

Por su parte el Ministerio de Salud y protección de salud guardó silencio pese a solicitar ampliación del término.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

De acuerdo a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela debe acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional. Así las cosas, se procederá a realizar un análisis sobre (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la inmediatez y, por último, (iii) la subsidiariedad.

Legitimación por activa: Los accionantes interpusieron acción de tutela a nombre propio acorde con el artículo 86 de la Carta Política¹, el cual establece que toda persona que

¹ Constitución Política, Artículo 86 "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección

considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

Legitimación por pasiva: El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991² establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto en mención.

Inmediatez: El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esta Corporación. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción de improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

Subsidiariedad: En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia³, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario⁴.

La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados[1]. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículos 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: "[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.". El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción, en este sentido en Sentencia T-106 de 1993 esta Corporación, afirmó: "El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o

inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

² De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, "La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º. de esta ley". CP, artículo 86; Decreto 2591 de 1991, artículo 1.

³ Ver, entre otras, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015 y T-317 de 2015.

⁴ Acerca del perjuicio irremediable, la Corte ha señalado que, debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: "(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables".

complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico.”

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

En virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia se evidencia que la accionante plantea una cuestión de relevancia constitucional, toda vez que considera vulnerados sus derechos al debido proceso, a la seguridad social y a la vida digna. No obstante, se evidencio en la página Web de ADRES que se publicó el proyecto de acto administrativo el 10 de noviembre de 2020, brindándose un espacio para que la ciudadanía presentara los comentarios que considerara pertinentes, dentro de los cuales, sí participó la accionante, así mismo deviene de la aplicación de la Ley que es la EPS la que debe garantizar la prestación del servicio de salud, autorizando y entregando el medicamento ya que la Administradora, ADRES restituye dichos recursos a través de dicho procedimiento de verificación, control y pago. Cabe resaltar que por la expedición de la ley no se puede determinar de entrada un perjuicio irremediable en contra de las hijas de la accionante pues en ninguno de los hechos se extrae que estén en situación de indefensión debido a su enfermedad, por ende, se concluye que la decisión que por esta vía se cuestiona tiene un trámite propio ante la jurisdicción contenciosa a efectos de que se controvierta la decisión administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho e incluso solicitar la suspensión del acto como medida provisional.

Al respecto cabe desatacar el principio de legalidad que ampara a los actos administrativos no es más que uno de los desarrollos del postulado de la buena fe, porque de ellos precisamente se presume que fueron expedidos con observancia del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la acción de tutela impide a juez constitucional invadir la órbita de competencia asignada a los jueces y autoridades administrativas cumpliendo para ello las normas procesales y sustanciales se declarará improcedente la misma y se ordenará la remisión a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Juzgado Veinticuatro de Familia de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por la señora María Isabel Acevedo.

SEGUNDO.- NOTIFICAR esta decisión a todas las partes involucradas en este asunto, por el medio más ágil y eficaz y advertir que cuenta con tres (3) días hábiles para impugnar la decisión.

CUARTO: REMITIR en caso de que no sea impugnado este fallo, la actuación a la Honorable Corte Constitucional para una eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA PATRICIA DÍAZ RAMÍREZ
Jueza