

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: 2020-0166

Se decide la acción de tutela instaurada por **DANIEL FELIPE CASTAÑEDA** contra **MEDIMÁS E.P.S., MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** e **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA-**, y como ente vinculado **GLOBAL MARKET ALLIANCE S.A.S.**

ANTECEDENTES

1. El actor, identificado con cédula de ciudadanía No.1.012.437.965, actuando en nombre propio, insta la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social y vida digna; en consecuencia, deprecó la orden para que MEDIMÁS E.P.S. y el INVIMA procedieran de manera inmediata a autorizar la importación y hacerle entrega del medicamento “AZTREONAM 75mg POLVO – CAYSTON – CAJA POR 84 VIALES. CANTIDAD 3 CAJAS”, así como la concesión de tratamiento integral.

2. Como causa *petendi*, esgrimió los hechos que a continuación se compendian:

- a) Que está afiliado como beneficiario ante MEDIMÁS E.P.S, y cuenta con 19 años. Subraya que no tiene un trabajo estable y su cuidado depende en gran medida de su madre.
- b) Que fue diagnosticado con “*FIBROSIS QUISTICA*” enfermedad que ha sido reconocida por la Resolución 2048 de 2015 como una enfermedad huérfana.

- c) Precisa que debido a su padecimiento inició tratamiento con los medicamentos COLISTINA, AZITROMICINA y TOBRAMICINA, los cuales no han logrado generar una mejoría en su estado de salud.
- d) Dado esto, su médico tratante le ordenó *“AZTREONAM 75mg POLVO – CAYSTON – CAJA POR 84 VIALES. CANTIDAD 3 CAJAS.”*
- e) Que solicitó este medicamento ante MEDIMÁS E.P.S., pero la entidad negó su entrega aduciendo que no se contaba con la autorización de importación por parte del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, además de que el antibiótico no se encuentra en el listado de medicamentos disponibles en Colombia.
- f) Recalca que, por lo anterior inició por medio de GLOBAL MARKET ALLIANCE el procedimiento ante el Ministerio de Salud y el – Instituto Nacional de Vigilancia Y Alimentos “INVIMA” con el fin de que me fuera otorgada la autorización de importación para el suministro del mencionado medicamento.
- g) Por último, señala que el procedimiento de importación fue negado, obligándolo a usar oxígeno en todo momento, e imposibilitándolo para continuar con su trabajo.

3. La tutela se admitió en el proveído de 16 de julio de 2020, corriendo traslado a las encartadas.

4. La SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD contestó este requerimiento el 22 de julio de 2020, indicando que el deber de suministrar el insumo médico que requiere el actor recae en MEDIMÁS E.P.S., toda vez que así lo establece el Decreto 019 de 2012 expedido por el presidente de la República y en cumplimiento de la resolución 5269 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, y el numeral 3.12 del artículo 3° de la ley 1438 de 2011 en concordancia con el artículo 14 de la ley 1122 de 2007, en donde se establece las obligaciones de las Aseguradoras para garantizar la integridad y continuidad en la prestación de los servicios de salud a sus afiliados. Por lo anterior, solicita sea desvinculada del presente asunto por falta de legitimidad en la causa por pasiva.

5. MEDIMÁS E.P.S. a su turno, precisó que en virtud de la auditoría realizada con el registro médico No.79462669, se estableció que la historia clínica del demandante no evidencia la necesidad del tratamiento médico requerido. Al respecto, pregona que los soportes bibliográficos que se registran corresponden a los años 2014 y 2015, los cuales por su antigüedad

no permiten avalar la postura del tutelante. Recalca que se ha garantizado la prestación de los servicios de salud del actor de manera oportuna. En cuanto a la autorización para la importación del medicamento exigido exterioriza que esta debe provenir del INVIMA, entidad que no ha consentido tal actuación.

6. El INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA- manifestó, que el demandante a través de la compañía GLOBAL MARKET ALLIANCE S.A.S. interpuso solicitud de autorización del medicamento “AZTREONAM 75mg POLVO – CAYSTON – CAJA POR 84 VIALES. CANTIDAD 3 CAJAS” el 25 de octubre de 2019, la cual fue resuelta por medio de la resolución No. 2020005175 del 14 de febrero de 2020, negando la importación del medicamento. La entidad indicó entre otras razones que: “*El producto solicitado no cuenta con aprobación de evaluación farmacológica donde se evidencie que sea eficaz y seguro, mediante el mecanismo dispuesto para presentar la evidencia científica que lo demuestre (Decreto 677 de 1995)*” y “*El producto solicitado no ha sido determinado como medicamento vital no disponible por la Sala Especializada de Medicamentos de la Comisión Revisora del Invima, al no cumplir con la definición, ni cumplir con los requisitos y criterios establecidos en la norma vigente (Decreto 481 de 2004) por lo tanto no aplica como urgencia clínica ni como paciente específico*”. Solicita sea rechazada la petición del tutelante al no haberse lesionado sus derechos fundamentales por parte de la institución.

7. El MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL alegó falta de legitimación en la causa por pasiva al no ser la entidad competente para resolver las peticiones que eleva el accionante.

8. GLOBAL MARKET ALLIANCE S.A.S, optó por guardar silencio.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde determinar en el presente asunto, si los derechos fundamentales del demandante han sido lesionados por la no autorización de importación y entrega del medicamento “AZTREONAM 75mg POLVO – CAYSTON – CAJA POR 84 VIALES. CANTIDAD 3 CAJAS”.

2. En el *sub-judice* están acreditados los siguientes aspectos de orden fáctico, acorde con la prueba documental allegada:

- a) El actor mediante la compañía GLOBAL MARKET ALLIANCE S.A.S, solicitó ante el INVIMA la autorización de importación del medicamento que exige, el 25 de octubre de 2019.
- b) El INVIMA mediante la resolución No. 2020005175 de 14 de febrero de 2020, negó dicha solicitud, al considerar que el medicamento requerido no cuenta en el país con evaluación farmacológica que demuestre su eficacia, al igual que no es considerado un medicamento vital por la Sala Especializada de Medicamentos de la Comisión Revisora de la entidad.
- c) MEDIMÁS E.P.S., por su parte, a través de la auditoria médica No.79462669, estableció que la historia clínica no evidencia la necesidad del tratamiento indicado por el demandante. Precisa que los soportes bibliográficos que se registran corresponden a los años 2014 y 2015, lo que no permite justificar la necesidad inminente de su solicitud.

3. El accionante acude al presente mecanismo de protección constitucional, en procura de obtener el amparo de sus derechos fundamentales, los cuales se encuentran presuntamente vulnerados por las demandadas, particularmente por MEDIMÁS E.P.S. y el INVIMA por no autorizar y hacer entrega del medicamento que requiere.

Bajo esta consideración, es necesario advertir que las medidas adoptadas por las encartadas resultan justificadas. MEDIMÁS E.P.S. no puede hacer entrega de un insumo médico que no está autorizado ni avalado medicamento. En un sentido similar el INVIMA indica que el medicamento no cuenta con un estudio farmacológico que demuestre su eficacia, así como no está considerado como un medicamento esencial.

Sumado a todo esto, debe indicarse que el demandante previamente ya intentó la autorización que se requiere, y fue a través de un estudio detallado por el INVIMA que se determinó a través de la resolución No. 2020005175 de 14 de febrero de 2020 la inviabilidad de su petición. Al respecto, cabe precisarse que mal haría esta Dependencia Judicial en conceder la autorización del medicamento que invoca el demandante, cuando las autoridades bajo criterios científicos y estudios previos negaron tal determinación.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha dicho:

“Una de las exigencias que la jurisprudencia constitucional ha resaltado de la regulación, en cuanto a la posibilidad de suministrar

*medicamentos que no se encuentran incluidos dentro de los planes de servicios, es que no se trate de un medicamento experimental. Como se indicó, toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a medicamentos cuya calidad, seguridad, eficacia y comodidad, sea comprobada. En tal medida, un medicamento experimental no garantiza con certeza suficiente el goce efectivo del derecho a la salud. Por tanto, no puede considerarse que se trate de un servicio de salud que se requiera. Por tanto, nadie tiene el derecho constitucional de acceder a un medicamento que es experimental. **Se trata entonces otra vez, del principio de evidencia científica, antes mencionado, según el cual, si un servicio se requiere o no, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso concreto y específico.** Ahora bien, la jurisprudencia ha especificado que en la medida que el fundamento de la decisión médica debe partir de la información objetiva con que se cuente, el hecho de que un medicamento no haya sido aprobado por el INVIMA para ser comercializado nacionalmente, no implica que el mismo tenga carácter experimental. Si un medicamento tiene o no tal condición, no depende de los procedimientos administrativos que se estén adelantando, sino de la mejor evidencia con que cuente la comunidad médica y científica al respecto. Expandiendo la jurisprudencia que sobre la cuestión había fijado la Corte Constitucional en materia de servicios de salud distintos a medicamentos, considerados experimentales, señaló que un medicamento no puede ser considerado experimental cuando, pese a ser novedoso, se emplee frecuentemente por los médicos, y sus efectos secundarios se conozcan, sean previsibles y controlables en los pacientes. Cuando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento, como se indicó, su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter. Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto de la persona de que se trate, podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico tratante. Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible'¹. (Subrayado y negrilla por fuera del documento original).*

Establecido esto, y al no comprobarse que el medicamento invocado por el tutelante resulte necesario o que no puede suplirse por medicina autorizada

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2011. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

por las entidades competentes, es del caso negar la salvaguarda invocada por el actor.

Ahora bien, en cuanto a la concesión de tratamiento integral, esta petición también será negada al no existir orden médica que así lo indique. A propósito de la acción de tutela frente a hechos futuros e inciertos, la Corte Constitucional en prolífica jurisprudencia ha enseñado:

“(…) En el entendido de que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no se disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, ésta resultara viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales. Sobre el particular la Corte, en sentencia T-279 de 1997, dijo lo siguiente:

La informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio. Dicha acción no protege derechos fundamentales sobre la suposición de que llegarían a vulnerarse por hechos o actos futuros. Por ello el ciudadano, actuando directamente o a través de apoderado, cuando vaya a instaurar una acción de amparo debe cotejar, sopesar y analizar si en realidad existe la vulneración o amenaza de tales derechos, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para ésta.

(…)

*Sin embargo, tal amenaza no puede contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado. De esta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. **La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización***

del daño futuro (...)”². (Subrayado y negrilla por fuera del documento original).

Acorde con lo anterior, para conceder el tratamiento integral se debe verificar que exista autorización del médico tratante y la necesidad de este; empero, tras la revisión hecha al plenario no se vislumbra tal disposición.

A la par de lo dicho, no se colige que el amparo constitucional deba ser otorgado como mecanismo transitorio, en la medida en que no se constató la presencia de un menoscabo irremediable que amerite la intervención inmediata por parte de esta Dependencia Judicial³.

De igual manera, debe advertirse que el tutelante no ha agotado el requisito de subsidiaridad⁴ al acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de discutir la resolución No. 2020005175 de 14 de febrero de 2020, mediante la cual fue rechazada su solicitud de importación.

4. En conclusión, la acción de tutela no está llamada a prosperar, por cuanto no es perceptible una violación a los derechos fundamentales de la parte activa por parte de las entidades cuestionadas, y bajo esas condiciones se negará la protección suplicada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

² Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2006. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

³ “Respecto del perjuicio irremediable como una causal que habilita la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la Corte Constitucional ha reiterado que tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”. Así mismo, agrega que cuando el accionante no demuestre que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela se torna improcedente por lo que deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.” Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 2016.

⁴ “Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales” Corte Constitucional. Sentencia T-177 de 2011. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

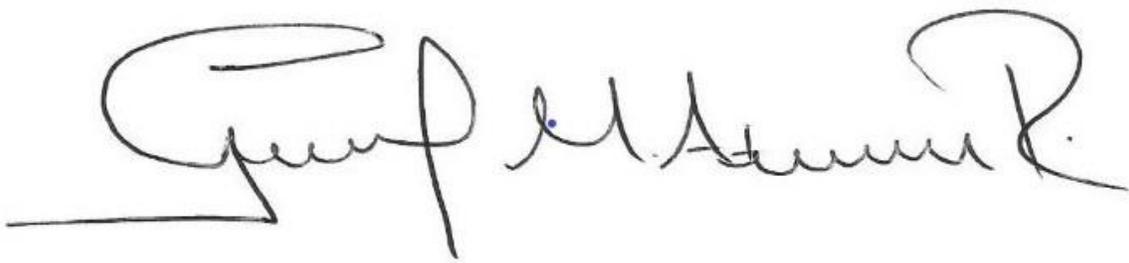
RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo rogado por DANIEL FELIPE CASTAÑEDA, por las razones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR la notificación a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el plenario ante la Corte Constitucional, en caso de no ser impugnada esta providencia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gamal Mohammand Othman Atshan Rubiano'. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'G' and a distinct 'R' at the end.

**GAMAL MOHAMMAND OTHMAN ATSHAN RUBIANO
JUEZ**