



San Andrés, Isla, Veintiuno (21) de Enero de Dos Mil Veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 88-001-4003-003-2021-00004-00
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
TUTELANTE: JENIFFER PÚA ZURIQUE
TUTELADO: EPS SANITAS

SENTENCIA No. 002-021

1. OBJETO

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por la señora JENIFFER PÚA ZURIQUE actuando en representación de su menor hija SALOME BRYAN PÚA en contra de E.P.S. SANITAS.

2. ANTECEDENTES

La señora JENIFFER PÚA ZURIQUE actuando en representación de su menor hija SALOME BRYAN PÚA, interpuso acción de tutela por razón de los hechos que a continuación se sintetizan:

Expresa la accionante que su hija Salome de 7 años de edad, esta diagnosticada con Vitíligo y se encuentra filiada al régimen contributivo de la EPS SANITAS.

Sostiene que, debido a su condición de salud requiere de manera urgente el suministro y cubrimiento del 100% del medicamento CROMUS 0.1% TACROLIMUS, asimismo toda la atención integral que se derive de su enfermedad, es decir, citas médicas con especialistas y exámenes diagnósticos.

Indica que el medicamento antes mencionado fue ordenado por el dermatólogo Dr. Gustavo Urueta Pérez, desde el 06 de julio de 2020.

Manifiesta que para el control de su enfermedad es necesario el uso diario de dicho medicamento, el cual debe usar de por vida.

Aduce que el día 17 de noviembre de 2020, se acercó a la EPS SANITAS con la formula medica ordenada por el médico especialista a solicitar la autorización para reclamar el medicamento y la asesora de la EPS le manifestó que dicho medicamento se encontraba fuera del POS.

3. PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, la señora JENIFFER PÚA ZURIQUE actuando en representación de su menor hija SALOME BRYAN PÚA solicita:

- 3.1. Que se tutele su derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de la menor SALOME BRYAN PÚA.

- 3.2. Que se ordene a la E.P.S. SANITAS le suministre de manera urgente el 100% del medicamento CROMUS 0.1% TACROLIMUS, así como la atención integral que se derive de su enfermedad.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante Auto N° 0003 de fecha Trece (13) de Enero de dos mil Veintiuno (2021), se admitió la presente acción de tutela, donde se ordenó comunicarle a la E.P.S. SANITAS, con el fin de que contestara la presente solicitud y rindiera los informes del caso dentro del término de dos (2) días, de la presente acción.

5. CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

La accionada E.P.S. SANITAS contestó la presente acción manifestando que la menor SALOME se encuentra afiliada a EPS Sanitas S.A., en calidad de Beneficiaria Amparada a la fecha con 356 semanas cotizadas al SGSSS. El Ingreso Base de Cotización es de \$1.500.000.oo.

Indica que la menor salome presenta diagnóstico clínico de vitíligo, y solicita a la EPS SANITAS S.A. ordenar a la EPS SANITAS le suministre de manera urgente a mi hija SALOME BRYAN PUA el 100% del medicamento cromus tacrolimus y de toda la atención integral.

Sostiene que a la menor SALOME se le ha brindado las prestaciones médico – asistenciales que ha requerido, a través de un equipo multidisciplinario de acuerdo con su estado de salud. Respecto al medicamento CROMUS TACROLIMUS NO se encuentran cubierto por el plan de Beneficios en Salud, Con la abolición del Comité Técnico Científico (CTC) a partir del 1 de abril 2017 en el marco de lo señalado en la nota externa y Resolución: Resolución 3951 de 2016 y Resolución 1885 de 2018.

Expresa que para el caso de la menor SALOME el profesional tratante ordenó el medicamento por el aplicativo web MIPRES “Reporte de Prescripción de Servicios y Tecnologías No cubiertas por el Plan De Beneficios con cargo a la UPC” (MIPRES) el cual autoriza los servicios. Sin embargo, fue devuelta la solicitud en razón a que se presentó una JUSTIFICACIÓN INSUFICIENTE. NO DESCRIBE ADECUADAMENTE CUADRO CLÍNICO QUE SOPORTE LA NECESIDAD DE USO DEL MEDICAMENTO, ya se notificó al Dr. URUETA, médico dermatólogo, con el fin de que realice la respectiva justificación y corrección del MIPRES y de este modo poder dispensar el medicamento a la usuaria, sin embargo hasta no sea realizado lo anterior, no es posible la entrega debido a que habría incumplimiento a lo dispuesto Resolución 1885 de 2018, determinado por el Ministerio de Salud y Protección Social para acceder servicios no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud.

Aduce que la pretensión de brindar tratamiento integral no es procedente, teniendo en cuenta que EPS SANITAS S.A., en ningún momento ha realizado actuaciones

que permitan inferir que tiene intención de no brindar la atención requerida por la paciente, y por el contrario, en todo momento ha suministrado los servicios médicos requeridos de manera oportuna y eficaz.

Como petición principal solicitan de manera respetuosa que se declare que no ha existido vulneración alguna a los derechos fundamentales deprecados por la señora JENIFFER JOHANA PUA ZURIQUE en representación SALOME BRYAN PUA por los motivos expuestos, y en consecuencia DENIEGUE las pretensiones de la presente acción constitucional.

6. – CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA:

De conformidad con el numeral 1° del Art. 1° del Decreto 1983 del 2017, éste Despacho es competente para conocer la presente solicitud de tutela.

La norma citada, respecto del *reparto de la acción de tutela*, dispone lo siguiente:

“(…) Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital, municipal y contra particulares, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, a los jueces municipales”. Lo anterior por ser la tutelada una Entidad de carácter privado que presta el servicio de salud en el Departamento Archipiélago.

Frente a la competencia, según el criterio del lugar donde se haya producido el hecho o sus efectos, los mismos tuvieron ocurrencia en la Isla de San Andrés.

Así las cosas, son los Juzgados Municipales del Distrito Judicial de San Andrés, los competentes para conocer la presente solicitud de tutela, según el correspondiente reparto.

6.2. PROCEDENCIA:

El Artículo 86 de la Constitución Política de 1991, desarrollado en los Decretos 2591 y 306, ambos del mismo año, ha institucionalizado la acción de tutela como una garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y de los particulares, en los casos que establezca la ley.

Dicha acción muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo

que supone un uso en forma supletiva con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente defina el fondo del asunto.

En el presente asunto, se trata del ejercicio de la Acción de Tutela incoada contra una entidad que prestan el servicio público de salud y por tanto es procedente, al tenor del Artículo 49 de la C.P. que le da ese carácter a la salud, en concordancia con los Artículos 5º y 42 Numeral 2º del Decreto 2591 de 1991.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar, si se vulneraron o no los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social de la menor SALOME BRYAN PÚA, por parte de la entidad tutelada, al negarse a suministrar el medicamento CROMUS 0.1% TACROLIMUS, el cual se encuentra fuera del POS.

6.4. ANÁLISIS NORMATIVO Y/O JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS

6.4.1. Derecho a la salud

En la actualidad la salud es considerada como un derecho fundamental, sin necesidad de que se encuentre en conexidad con el derecho a la vida u otro derecho del mismo rango, por expresa definición del Alto Órgano de la Jurisdicción Constitucional.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte ha señalado que:

"... Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto que hoy se afirma que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado con un derecho fundamental – la vida, pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad—sino que es en sí mismo fundamental. (...) Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos

fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. (...)" (Sent. T-573 de 2005. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto).-

En sentencia T-869 de 2006, M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil, la Alta Corporación puntualizó:

"...por cuanto el derecho a la salud, en su dimensión de derecho subjetivo, es de naturaleza fundamental, en virtud de su estrecha relación con el principio de dignidad humana, vínculo que responde al criterio fijado por la Corte Constitucional como parámetro funcional de definición de derechos fundamentales".

En la sentencia T-467 de 2007, se remató a manera de reiteración:

"En este orden de ideas, el reconocimiento de esa doble dimensión se dirige, entre otras cosas, a obtener que las empresas prestadoras de servicios de salud, tanto del régimen contributivo como del subsidiado, cumplan de forma integral con las obligaciones que el sistema de seguridad social ha establecido, de tal forma que no les sea posible negar el catálogo de servicios específicos y concretos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud.

En conclusión, el derecho a la salud, en razón de su estrecha relación con el principio de la dignidad humana y en la medida en que se traduce en un derecho subjetivo como consecuencia de la determinación del régimen de servicios médicos exigibles al Estado, transmuta de derecho prestacional a derecho fundamental exigible a través del mecanismo de amparo constitucional. En ese sentido, el hecho de que las empresas prestadoras de servicios de salud -sean éstas del régimen contributivo o del subsidiado-, nieguen el reconocimiento de las prestaciones que se encuentra definidas dentro del Plan Obligatorio de Salud, comporta una vulneración de un derecho de carácter fundamental."

La misma Corporación en sentencia de constitucionalidad de la Ley 1122 de 2007, C-463 del 14 de Mayo de 2008, M.P. Doctor Jaime Araujo Rentarúa, expuso lo siguiente:

“...dada la naturaleza constitucional del derecho a la salud que, como se acaba de explicar es para esta Corte per se de carácter fundamental...Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas. En este sentido, esta Corte ha hecho énfasis en la fundamentabilidad del derecho a la salud en los casos de los menores de edad, de personas de la tercera edad, o de sujetos de especial protección constitucional...así como a los usuarios del Régimen Subsidiado de salud, que por lo demás son los usuarios con menos recursos económicos, frente a los cuales el Estado tiene una obligación positiva de promoción y protección especial...”

6.4.2. Derecho a la Seguridad Social

Al respecto, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-032/12, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, indicó:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”.

6.5. CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que de acuerdo a lo manifestado por la señora JENIFFER PÚA ZURIQUE actuando en representación de su menor hija SALOME BRYAN PÚA, se encuentra afiliada en el plan obligatorio de salud a la E.P.S. SANITAS.

Explica que su menor hija padece de Vitíligo, razón por la cual necesita de por vida el medicamento CROMUS 0.1% TACROLIMUS.

Sostiene que la EPS se niega a suministrar el medicamento en cuestión porque el mismo no se encuentra en el plan de beneficios en salud.

De acuerdo con lo anterior, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-163 de 2010, ha sostenido que:

“La Constitución Política consagra en sus artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley¹.

La H. Corte Constitucional en principio diferenció los derechos protegidos mediante la acción de tutela de los de contenido exclusivamente prestacional, de tal suerte que el derecho a la salud, para ser amparado por vía de tutela debía tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Sin embargo, se protegía como derecho fundamental autónomo cuando se trataba de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, y en el ámbito básico cuando el accionante era un sujeto de especial protección.

En el mismo sentido, la H. Corte Constitucional manifestó que:

“Conforme a la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte, la salud es un derecho fundamental² definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”³, que abarca tanto la esfera biológica del ser humano como su esfera mental y debe ser garantizado en condiciones de dignidad, por ser la salud un derecho indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales⁴.

Se tiene entonces que de acuerdo a lo manifestado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer

¹ El artículo 2° de la ley 100 de 1993, define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma en que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

a. EFICIENCIA. *Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...)*
d. INTEGRALIDAD. *Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; (...)*

² Ver sentencia T-859 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett). Para entonces, se acudió a los criterios dogmáticos establecidos en la sentencia T-227 de 2003 para resolver que el derecho a la salud es fundamental. Allí se señaló que son derechos fundamentales: “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. La tesis del derecho a la salud como fundamental, ha sido considerablemente reiterada en sentencias como la T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-820 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería), T-999 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-184 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-321 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), entre otras.

³ Ver sentencia T-355 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

⁴ Ver sentencia T-311 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

En ese sentido, encuentra este Despacho que la menor SALOME BRYAN PÚA es una niña de siete (7) años de edad, la cual fue diagnosticada con Vitíligo, para lo cual se le ordeno tratamiento con el medicamento denominado CROMUS 0.1% TACROLIMUS. El medicamento en cuestión se encuentra fuera del Plan de Beneficios en Salud, por lo cual la EPS SANITAS se niega al suministro del mismo, razón por la cual se interpuso la presente acción de tutela.

Se evidencia que la accionante solicita el suministro del medicamento CROMUS 0.1% TACROLIMUS, así como también un tratamiento integral para su hija de conformidad con su patología.

Al respecto, el artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

La H. Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbra su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.

Asimismo, se tiene que la acción de tutela resulta procedente cuando se trate de solicitudes de amparo relacionadas o que involucren los derechos de los niños, niñas o adolescentes, más aún si estos padecen alguna enfermedad o afección grave que les genere algún tipo de discapacidad. Lo anterior, por cuanto se evidencia la palmaria debilidad en que se encuentran dichos sujetos y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita del acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares.

Así las cosas, El principio de integralidad se constituye como una garantía fundamental para que las personas que se encuentran disminuidas en su salud, reciban una atención oportuna, eficiente y de calidad.

Es así como, en el marco del amparo constitucional las exclusiones previstas en el Plan de Beneficios en Salud no son una barrera inquebrantable, pues le corresponde al juez de tutela verificar, a partir de las particularidades del caso concreto, cuándo se reúnen los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia para aplicar o inaplicar una exclusión o cuándo, ante la existencia de un hecho notorio, surge la imperiosa necesidad de proteger el derecho a la salud y a la vida digna de quién está solicitando la prestación del servicio, insumo o procedimiento excluido.

Colofón de lo anterior, el despacho tutelar el derecho fundamental a la salud y seguridad social de la menor SALOME BRYAN PÚA, y en consecuencia, ordenará a la EPS SANITAS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, se sirva suministrar el medicamento CROMUS 0.1% TACROLIMUS, así como todos los exámenes, citas médicas, laboratorios y medicamentos que requiera la menor de conformidad con su patología de VITILIGO, lo anterior en aras de brindar una continua prestación del servicio y así garantizar la calidad de vida de la niña.

Finalmente, se ordenará al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA y/o ADRES que reintegre a la EPS SANITAS, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO POS: MEDICAMENTO CROMUS TACROLIMUS Y TRATAMIENTO INTEGRAL, que en virtud de la orden de tutela se suministre al accionante.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud y seguridad social de la menor **SALOME BRYAN PÚA**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS SANITAS** que dentro del término de las cuarenta y ocho 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo se sirva suministrar el medicamento CROMUS 0.1% **TACROLIMUS**, así como todos los exámenes, citas médicas, laboratorios y medicamentos que requiera la menor de conformidad con su patología de VITILIGO, lo anterior en aras de brindar una continua prestación del servicio y así garantizar la calidad de vida de la niña.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Ordenar al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA y/o ADRES que reintegre a la EPS SANITAS, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO PBS: MEDICAMENTO CROMUS TACROLIMUS Y TRATAMIENTO INTEGRAL, que en virtud de la orden de tutela se suministre al accionante

QUINTO: PREVENIR a la **EPS SANITAS**, para que en lo sucesivo, eviten la repetición de los actos omisivos, que dieron origen a la presente tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991

SEXTO: Contra la presente procede el recurso de impugnación

SÉPTIMO: Si éste fallo no fuere impugnado oportunamente, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INGRID SOFÍA OLMOS MUNROE
JUEZA