

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SÉPTIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Manizales (Caldas), veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Sentencia: 112
Proceso: Acción de Tutela
Radicado: 17001 40 88 007 2021 00142
Accionante: **Luis Eduardo Restrepo López**
Accionada: Salud Total EPS – Audifarma SA

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela interpuesta por el señor **Luis Eduardo Restrepo López**, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.250.468 de Manizales, en contra de **Salud Total EPS** y **Audifarma SA**, con el objeto de que se tutelen sus derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad personal, a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social.

II. HECHOS.

Refiere el actor que tenía 61 años y estaba afiliado a Salud Total como cotizante en el régimen contributivo; que fue diagnosticado con constipación, motivo por el cual se le prescribieron los medicamentos denominados “*polietilenglicol 3350 sobre polvo para reconstruir en susp. oral 100G/100G/17GT*” y “*psyllium mucilago (eq. spaghula husk eq. A 79.61G/100G) polvo para reconstruir a sol. Oral 4.4G*”.

Que al proceder a reclamarlos en Audifarma le informaron que no contaban con uno de ellos y que si reclamaba solo uno perdería el otro; que además requería de la prestación de servicios de salud de manera ininterrumpida y continua, sin dilaciones ni trabas.

Solicitó tutelar las prerrogativas invocadas y que se ordenara a la **EPS** la entrega de los medicamentos prescritos el 30 de agosto de 2021, además del tratamiento integral del diagnostico padecido, y de los que se le derivaran.

III. PRUEBAS.

La demandante en tutela, arrimó:

- i) Documento de identificación.
- ii) Historia clínica del 30/08/2021

iii) Autorización de servicios de medicamentos del 30/08/2021, para varias entregas.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción constitucional fue admitida mediante auto del 15 de septiembre de 2021, imprimiéndole el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991 y se requirió a las accionadas, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción, corriéndoles el traslado de rigor.

Salud Total EPS procedió a dar respuesta a la acción constitucional de la referencia, indicando que la acción era improcedente en su contra y que debía ser desvinculada del presente trámite, al existir una falta de legitimación en la causa por pasiva, confirmó que el accionante se encontraba afiliado a la EPS-S en rango 1, en calidad de cotizante activo.

Agregó que le han generado las autorizaciones de todos los servicios de consulta de medicina general y especializada que había requerido, así como el suministro de medicamentos, exámenes diagnósticos y procedimientos terapéuticos, incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC que le han sido ordenados según criterio médico, dándole integral cobertura.

Manifestó que la entrega de los medicamentos reclamados estaba a cargo de Audifarma, quien les informó que los mismos se encontraban desabastecidos según comunicación de la compañía farmacéutica Tecnofarma, por lo cual procedieron a comprarlos directamente y se los suministraron al gestor el 20 de septiembre de 2021, sin que presentara más servicios pendientes a la fecha. Se opuso a la concesión del tratamiento integral al tratarse de hechos futuros e inciertos y al no ser posible mediante la acción de tutela amparar derechos que no han sido vulnerados o frente a los cuales no existe una amenaza real. Reclamó se declarara a carencia actual de objeto por hecho superado, la improcedencia de la acción y de forma subsidiaria el recobro ante el Adres.

Audifarma SA indicó que era un operador logístico, cuyo objeto social es la dispensación de medicamentos a las entidades promotoras de salud (EPS), instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) y otras que por su carácter sean afines a su objeto social siempre y cuando mediara autorización por parte de estas y siempre que existiera disponibilidad de la molécula en los laboratorios productores.

Así pues, que, al revisar su sistema de información, logró identificar se ha prestado el servicio de dispensación de medicamentos al accionante así:

- 07 de agosto de 2021 bajo el consecutivo interno No. 126551 registra último servicio procesado a su nombre por los productos: POLIETILENGLICOL 3350 (MACROGOL) POLVO PARA RECONSTITUIR A SOL. ORAL 100G/100G /17 G, cantidad 60 unidades, PSYLLIUM MUCILAGO (ISPAGHULA HUSK PLANTAGO OVATA) POLVO PARA RECONSTITUIR A SOL. ORAL 79.61 % /4.4 G, cantidad 30 unidades.

Además, que estos dos medicamentos también le fueron dispensados el 20 de septiembre de 2021 directamente en la sede de Salud Total EPS, encontrándose

el accionante cubierto de tratamiento, lo que daría lugar a que se configurara un hecho superado.

Agregó que también les aplicaba el principio general del derecho de que nadie estaba obligado a lo imposible, en el sentido en que se aducían motivos que reflejaban su imposibilidad para realizar la dispensación del medicamento requerido, con base en circunstancias que desbordaban sus posibilidades y voluntad. Solicitó se declarara un hecho superado.

El accionante informó que efectivamente le suministraron los medicamentos reclamados el 20 de septiembre de 2021, pero solo una entrega, teniendo pendiente otras 2, por lo cual solicitaba se ordenara su suministro. También manifestó que anteriormente no le entregaron una crema para el mismo tratamiento y por eso la tratante tuvo que cambiársela, que dé resto todos los servicios se los han brindado.

V. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Juzgado, una vez confrontadas las normas constitucionales, legales y la jurisprudencia de las Altas Cortes, determinar si **Salud Total EPS** y/o **Audifarma** vulneraron los derechos fundamentales del señor Luis Eduardo Restrepo López, por el no suministro de dos medicamentos, además al no prestarle el tratamiento integral para su enfermedad.

VI. CONSIDERACIONES.

a). Competencia.

Este Juzgado es competente para decidir el presente amparo constitucional por cuanto el constituyente asignó a todos los Jueces de la República la facultad para conocer de las acciones de tutela, además los Decretos 1382 de 2000 y 1983 de 2017, regularon la forma de conocimiento del amparo constitucional contra las entidades del Estado y los particulares, en esa norma se estableció que a los Jueces Municipales les serán repartidas, en primera instancia, aquellas que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital, municipal, departamental o contra entidades privadas.

b). Procedencia de la acción de tutela.

La tutela es un instrumento jurídico que ha sido concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma dirigida a controlar bien sea las acciones u omisiones de las autoridades públicas o privadas que afectan derechos fundamentales, tiene gran acogida por la gran mayoría de colombianos, por cuanto a través de esta herramienta, de manera ágil y rápida, obtienen respuesta sobre la presunta vulneración o amenaza a la que están expuestos, mecanismo que fue regulado en el artículo 86 de la Constitución Política.

c). Hecho superado

La Corte Constitucional, sobre la desaparición de los fundamentos que suscitan el resguardo, en la sentencia T-005 de 2019 consideró:

*“[...] Frente a la figura de la carencia actual de objeto, se ha denotado la imposibilidad material en que se encuentran los jueces constitucionales para determinar alguna medida u orden que permita amparar la protección de los intereses jurídicos presuntamente vulnerados, por sustracción de materia. Así, el **Alto Tribunal Constitucional ha determinado tres (3) hipótesis según las cuales, se puede materializar el fenómeno de la carencia actual de objeto: (i) cuando existe un hecho superado; (ii) cuando se presenta un daño consumado; y, (iii) cuando acaece una situación sobreviniente**¹.*

*La hipótesis de **hecho superado**² comprende el supuesto de hecho ante el cual, **entre el tiempo que se interpuso la demanda de amparo y la decisión del juez constitucional, la afectación o amenaza al derecho fundamental presuntamente vulnerado, desaparece como resultado del accionar de la entidad accionada**. De esta manera, la pretensión del accionante pierde sustento fáctico y jurídico, por lo que **resulta inocua cualquier intervención del juez constitucional por desaparecer o variar sustancialmente la situación fáctica y jurídica que dio origen a la acción de tutela [...]** **(negritas y subrayas por fuera del texto original)**.*

d). Derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En el presente caso el señor Luis Eduardo Restrepo López, acudió a este mecanismo, porque en su sentir se encuentran amenazados sus derechos fundamentales entre otros a la salud y seguridad social por parte de **Salud Total EPS y Audifarma SA**; los mencionados derechos tienen un doble carácter, por un lado, son servicios públicos a cargo del Estado, sujetos a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, de otro lado, son derechos irrenunciables. Recordemos cómo los definió el constituyente primario:

*“Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.
Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.
La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley...”*

*“Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.
Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.*

¹ Cfr., entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-585 de 2010, T-200 de 2013, T-481 de 2016.

² Cfr., entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-225 de 2013, T-481 de 2016, T-085 de 2018, entre otras.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria...”

e). Regulación legal del derecho a la salud.

Para dilucidar el tema planteado por el accionante, se debe tener en cuenta que tal como lo afirma y así lo evidencian los soportes adosados en su escrito, se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud bajo el régimen contributivo por intermedio de **Salud Total EPS**, entidad que tiene como obligación principal garantizar el acceso a los servicios de salud de sus afiliados, bajo los principios de universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad, precisamente aquellos que rigen todo el sistema integral de salud, los cuales tienen regulación especial.

El régimen legal del sistema general de seguridad social en salud tiene un objeto perfectamente definido, el cual responde a las necesidades de la población en general de ser atendidas sus dolencias y enfermedades en condiciones de rápido acceso con garantías de máxima calidad y eficiencia, así lo estipuló el legislador:

“Artículo 152. Objeto. La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en salud en los aspectos no cobijados en la presente Ley se regirán por las disposiciones legales vigentes, en especial por la ley 10 de 1990 y la ley 60 de 1993. Las actividades y competencias de salud pública se regirán por las disposiciones vigentes en la materia, especialmente la ley 9 de 1979 y la ley 60 de 1993, excepto la regulación de medicamentos que se regirá por lo dispuesto en la presente Ley”.

f). Acción de recobro

La facultad –derecho- con que cuentan las EPS está reglamentada en las Resoluciones No. 3099 de 2008, y 3754 del mismo año y en la 0458 de 2013 emitidas por el Ministerio de la Protección Social. La Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de tutela del 22 de septiembre de 2017 abordó el asunto y dijo:

“[...] Se ha recabado en recientes determinaciones, que si bien en otro tiempo se procedía a conceder el señalado recobro en favor de la E.P.S; revaluando la filosofía que entraña la figura del amparo supralegal, se concluyó que el trámite de recobro por su connotación administrativa debe ser gestionado al interior de las entidades.

Por tanto, dentro de la acción de tutela no se deben reconocer contenidos económicos, pues de ser así, se estaría desnaturalizando la acción constitucional, cuyo único objetivo es garantizar las prerrogativas

fundamentales, mas no reconocer contenidos prestacionales, de ahí, su carácter es preventivo y no declarativo [...]”.

g). Caso concreto.

El señor **Luis Eduardo Restrepo López**, acudió a este mecanismo, en contra de Salud Total EPS y Audifarma SA pues se negaban a suministrarle los medicamentos: “*POLIETILENGLICOL 3350 SOBRE POLVO PARA RECONSTRUIR A SUSP. ORAL 100G/100G/17G*” por 60 y “*PSYLLIUM MUCILAGO (EQ. ISPAGHULA HUSK EQ. A 79.61G/100G) POLVO PARA RECONSTRUIR A SOL. ORAL 4.4G*” por 30, ordenado por 3 meses; también para que se le concediera el tratamiento integral para sus patologías.

Salud Total EPS indicó que, si bien existieron inconvenientes para el suministro de los insumos, al estar aquellos desabastecidos en la farmacia Audifarma, los gestionaron de forma directa y se los entregaron al gestor el pasado 20 de septiembre de 2021; se opuso a la concesión del tratamiento integral y reclamó la improcedencia de la acción por hecho superado y se autorizara el recobro ante la Adres.

Audifarma mencionó que a lo imposible nadie estaba obligado, que le había suministrado al gestor los medicamentos en agosto de 2021 y que, con ocasión de la tutela, Salud Total EPS los entregó directamente. Solicitó se declarara un hecho superado.

Como el actor corroboró el suministro de los dos medicamentos reclamados, para un mes, se declarará una carencia actual de objeto frente a esta pretensión, al haber desaparecido el motivo de vulneración.

Es de anotar que si bien aquel mencionó vía telefónica que quería que le suministraran las 2 entregas restantes, tendremos que indicar que no se considera que en este momento se estén vulnerando los derechos fundamentales alegados, por cuanto el accionante cuenta en este momento con tratamiento por un mes y no existe evidencia de que posteriormente, los insumos serán negados, pues en el presente caso se presentó fue un desabastecimiento de los mismos y no una negativa de servicios.

Ahora bien, lo que tiene que ver con el tratamiento integral futuro, este administrador de justicia no lo puede amparar, ya que hasta la fecha se han materializado todos los servicios prescritos por los médicos tratantes de los que se aportó prueba en el presente trámite, incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud POS, y aunque al parecer tuvo inconvenientes anteriores con el suministro de una crema, no se aportó al legajo ninguna prueba al respecto, pero si se informó por el gestor que en vista de aquello, acudió de nuevo a valoración médica, y el tratante decidió el cambio del insumo y este si se lo entregaron; además porque se estaría frente a un pronunciamiento a futuro, sin que le sea dado a este funcionario constitucional proferir dichas decisiones y menos al no mediar orden médica que así lo dictamine.

Finalmente, el juzgado se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno sobre la facultad de repetir elevado por Salud Total EPS, por cuanto tal aspecto

desnaturaliza la finalidad de la acción de tutela, además porque esta cuenta con un trámite administrativo para reclamarlo ante la entidad respectiva.

En mérito de lo expuesto, El Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas,

RESUELVE.

Primero: **DECLARAR** un hecho superado a favor de Salud Total EPS y Audifarma SA, por el suministro de los medicamentos: *"POLIETILENGLICOL 3350 SOBRE POLVO PARA RECONSTRUIR A SUSP. ORAL 100G/100G/17G"* por 60 y *"PSYLLIUM MUCILAGO (EQ. ISPAGHULA HUSK EQ. A 79.61G/100G) POLVO PARA RECONSTRUIR A SOL. ORAL 4.4G"* por 30, al señor **Luis Eduardo Restrepo López**.

Segundo: **NEGAR** el tratamiento integral a futuro por lo considerado en acápite.

Tercero: **NO REALIZAR** pronunciamiento sobre la solicitud de recobro elevada por la EPS de conformidad a la parte motiva de esta decisión.

Cuarto: **NOTIFICAR** el contenido de esta decisión a las partes, indicándoles que contra la misma procede la impugnación, que debe interponerse dentro de los tres días siguientes a la última notificación.

Quinto: **REMITIR** el proceso ante la H. Corte Constitucional y para su eventual revisión, en caso de no interponerse recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,



CÉSAR AUGUSTO GRISALES GRISALES