



**JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y CUMPETENCIA MÚLTIPLE
LOCALIDAD DE CHAPINERO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-033-2020-00262-00

Accionante: NANCY VIVIANA RESTREPO TANGARIFE como agente oficioso de DEISY DAYANA GARCÍA RESTREPO.

Accionado: CAPITAL SALUD E.P.S. – Vinculado – FUNDACIÓN PARA LA ESCLEROSIS MÚLTIPLE Y OTRAS ENFERMEDADES – FUNDEM, SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ, MINISTERIO DE SALUD Y JUZGADO 72 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia presentada por NANCY VIVIANA RESTREPO TANGARIFE como agente oficioso de DEISY DAYANA GARCÍA RESTREPO, en la que se acusa la vulneración de los derechos fundamentales a LA SEGURIDAD SOCIAL, LA SALUD, LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y A LA OPORTUNIDAD.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

Manifiesta que su hija DEISY DAYANA GARCÍA RESTREPO se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado a la EPS CAPITAL SALUD, la que se encuentra diagnosticada con “EPILEPSIA REFRACTARIA”, limitando su habilidad para vivir plenamente acorde con sus deseos y su capacidad mental y física.

El 9 de julio de 2020, Capital Salud EPS por medio de su médico tratante le ordenó el suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132”, el cual no ha sido entregado por Capital Salud EPS pese a ser importante para su tratamiento y recuperación de su salud, pues solamente fue autorizada una entrega el 10 de julio de 2020 y estando a 15 de septiembre de 2020 no ha sido posible la segunda entrega.

El no suministro del suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132”, agrava el diagnóstico y la efectividad del tratamiento médico que el especialista prescribió a su hija, pues pierde su adherencia y no sería efectivo; por lo que el actuar de Capital Salud EPS además de contraer el ordenamiento jurídico en materia de salud, trasgrede los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y el acceso a un tratamiento médico integral, continuo y oportuno de la cual es acreedora de la menor.

Finalmente solicita que se ordene a Capital Salud EPS proceda a garantizar el tratamiento médico integral y oportuno que requiere la menor Deisy Dayana García Restrepo que se derive de la enfermedad que padece “EPILEPSIA REFRACTARIA”; así como la segunda entrega real y efectiva del medicamento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132”.

Junto con su demanda aporto:

- Formato consentimiento Fundem.
- Formato solicitud apoyo social.
- Historia Clínica.
- Formula médica.
- Tarjeta de identidad Deisy Dayana García Restrepo.
- Cédula de Ciudadanía Nancy Viviana Restrepo Tangarife.

1.2. Argumentos de los accionados.

CAPUTAL SALUD E.P.S.

Durante el término de traslado la entidad contestó, manifestando que la paciente para el momento del trámite, ya contaba con un fallo judicial

proferido por el Juzgado 72 Civil Municipal de Bogotá D.C., el cual concedió de forma expresa el tratamiento integral para el diagnóstico “EPILEPSIA FOCAL SISTOMÁTICA, PARÁLISIS CEREBRAL, RETARDO SEVERO DEL DESARROLLO, DISCAPACIDAD MENTAL Y MOTORA SEVERA IRREVERSIBLE”.

Por lo anterior, señalan que es posible que se este frente a una actuación temeraria por parte de la accionante, como quiera que otro Juez Constitucional tramitó previamente una acción de tutela de similar contenido, ordenando el tratamiento requerido, por lo que, de considerar que existían servicios pendientes, debió hacer uso del incidente de desacato a aquella otra proferida, y no presentar una nueva solicitud peticionando la cobertura de su tratamiento mediante una nueva acción constitucional.

Lo que quiere decir que, la cosa juzgada es una institución que torna inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas ciertas providencias, al punto que las partes no pueden ventilar de nuevo el asunto que fue objeto de resolución judicial. Por lo que, las decisiones proferidas dentro del proceso de amparo tienen la virtualidad de constituir cosa juzgada.

Vale decir, que este fenómeno ocurre en este caso, toda vez que se incurrió en duplicidad de interposición de pretensión, en el cual existe una decisión emitida. De esta manera, se puede concluir que la cosa juzgada tiene como función negativa, impedir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto.

En cuanto a las pretensiones, informan las acciones desplegadas por parte de la entidad frente al caso en estudio y precisan algunos aspectos sobre las mismas de la accionante: “(...) *Paciente con diagnóstico de epilepsia refractaria, cuenta con tutela anterior que ordena integralidad, se establece comunicación telefónica con la señora Nancy Restrepo, quien manifiesta que la nutrición KETOCAL fue suministrada el pasado 15 de septiembre de 2020. (...)*” **(Reporte área de Dirección Técnica y de Salud). Paciente a quien, de acuerdo con el reporte histórico SICA de AUDIFARMA se le suministró la nutrición el pasado 15 de septiembre de 2020.**

Así las cosas, resulta claro que la petición elevada en la acción constitucional carece de objeto, pues se encuentra afectada por el fenómeno jurídico del

hecho superado por carencia actual de objeto, por ausencia de violación de derechos fundamentales.

Por lo anterior, solicitan declarar improcedente la presente acción, como consecuencia de la existencia de temeridad al momento de su presentación, pues ya existe una orden constitucional que concede el tratamiento integral para la patología de la paciente. Así mismo, denegar la acción de tutela en contra Capital Salud EPS-S S.A.S. por carencia actual de objeto por hecho superado frente al KETOCAL.

Junto con su contestación aporto:

- Escritura pública No. 1547 de 2020.
- Extracto de la reunión ordinaria de junta directiva – acta No. 110.
- Fallo de tutela Juzgado 72 Civil Municipal de Bogotá D.C.
- SICA Deisy Dayana García Restrepo.

SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ - Vinculado

Durante el tiempo de traslado la entidad contestó, manifestando que la menor DEISY DAYANA GARCÍA RESTREPO, se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado de Capital Salud EPS-S, desde el 5 de junio de 2013, sin presentar Sisbén.

Informan que el suministro del medicamento KETOCAL LATA X 300 GR, no se encuentra dentro del plan de beneficios a cargo de la EPS, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución 3512 de 2019, pero dado que se consideró por el médico que están indicados en el manejo de la condición de salud, el médico tratante diligenció la orden médica en formato MIPRES, por lo que le corresponde a la EPS autorizarlos y suministrarlos, a través de su red con los recursos definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En ese sentido Capital Salud E.P.S.-S, deberá prestar los servicios de salud a la usuaria, siempre y cuando cuente con el respectivo aval médico, de manera oportuna, continua y sin dilaciones, a través de un prestador dentro de su red contratada, de conformidad con lo estipulado en el Decreto 019 de 2012 expedido por el Presidente de la República y el numeral 3.12 del artículo 3 de la Ley 1438 de 2011 concordante con el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

En consecuencia, resulta claro que la Secretaria Distrital de Salud, no ha incurrido en violación alguna de los derechos fundamentales de la accionante y debe ser desvinculada del presente trámite constitucional, teniendo en cuenta que la responsable en concurrir en servicios del Plan de Beneficios en Salud (POS) es Capital Salud E.P.S.-S, además la Secretaria Distrital de Salud no tiene a su cargo la prestación de servicios de salud por prohibición expresa del artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, por lo cual no cuenta con profesionales de la salud para atención al público ni se encarga del almacenamiento y dispensación de medicamentos e insumos, no realiza procedimientos, ni atención asistencial, pues ello no hace parte de las competencias señaladas en el Decreto 507 de 2013, es decir, que hay falta de legitimación en la causa por pasiva no siendo posible impartir orden alguna en contra de la secretaria.

MINISTERIO DE SALUD – Vinculado

Informan que la acción de tutela de la referencia en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la Cartera no ha violado, viola o amenaza violar los derechos invocados por el accionante, teniendo en cuenta, que de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 2011, modificado por el Decreto 2562 de 2012, el Ministerio es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, que actuando como ente rector en materia de salud, le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, de donde se deriva que en ningún caso será responsable directo de la prestación de servicios de salud.

Anuado a lo anterior, aclaran que la competencia de las entidades del Estado es reglada, lo que los conduce a invocar al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 121 de la Constitución Política, según el cual “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen las Constitución y la Ley”.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Solicitan desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos

que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la entidad.

En efecto, las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones frente a *"...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas."* (Cfr. Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

En este contexto, las EPS están llamadas a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere con ocasión de la no prestación, o prestación indebida de los servicios de salud incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1.3. Trámite Procesal

En providencia que data del 17 de septiembre de 2020, este Despacho admitió la presente acción constitucional, ordenando notificar a la entidad accionada, y vincular a la FUNDACIÓN PARA LA ESCLEROSIS MÚLTIPLE Y OTRAS ENFERMEDADES – FUNDEM, SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ Y MINISTERIO DE SALUD. Igualmente, mediante auto del 25 de septiembre de 2020, se ordenó vincular al JUZGADO 72 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C a AUDIFARMA y requirió de la accionante información sobre la tutela anterior y si efectivamente se le suministro el medicamento, guardando silencio todas las anteriores.

2. CONSIDERACIONES

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Previo al análisis del objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a (i) la alegación de una presunta afectación de un derecho fundamental, (ii) la

legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) la observancia del requisito de inmediatez.

Legitimación por activa. Acorde con el artículo 86 de la Carta Política, toda persona que 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. NANCY VIVIANA RESTREPO TANGARIFE como agente oficio de DEISY DAYANA GARCÍA RESTREPO, interpuso acción de tutela contra la sociedad CAPITAL SALUD E.P.S., al considerar que la accionada vulneró sus derechos fundamentales, al no hacer la entrega del medicamento formulado por el médico tratante el suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132”, no obstante, al padecer de “EPILEPSIA REFRACTARIA”, enfermedad respecto de la cual ostenta un tratamiento médico para contrarrestar su sintomatología.

Legitimación por pasiva: La acción de tutela fue interpuesta contra la Sociedad CAPITAL SALUD E.P.S. entidad de carácter privado, y de acuerdo a la reglamentación de la tutela, esta procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que amenacen o vulneren derechos fundamentales, y excepcionalmente es posible ejercerla frente a particulares si: (i) **están encargados de la prestación de un servicio público**; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o, (iii) el accionante se encuentra en una situación de indefensión o de subordinación.

Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ese orden de ideas, respecto a la posible existencia de un perjuicio irremediable, las circunstancias fácticas del caso demuestran que lo que alega la accionante es el posible riesgo sobre su vida, la salud y a la seguridad social, como quiera que actualmente su hija se encuentra bajo un tratamiento

médico que le permite la recuperación de su salud y contrarrestar las posibles afectaciones derivadas de su diagnóstico “EPILEPSIA REFRACTARIA”.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el asunto que ocupa al Despacho adquiere una relevancia *iusfundamental* que activa la competencia del juez de tutela, en tanto lo que se estudia es la posible vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y la seguridad social, se considera que el requisito de subsidiariedad se cumple.

Inmediatez. Da cuenta el escrito de tutela que la orden médica fue prescrita el 9 de junio de 2020, y la presente demanda de tutela se presentó en reparto el día 16 de septiembre de 2020, esto es, *tres meses* han transcurrido, por lo que se configura este requisito.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

Acorde con los fundamentos fácticos expuestos, le corresponde al despacho determinar si en este evento se esta frente a una tutela temeraria, y en caso negativo, si existe el fenómeno de hecho superado, ante la manifestación de CAPITAL SALUD E.P.S. de haber entregado el medicamento y ante el silencio en este punto, y si procede el amparo para proteger el tratamiento integral solicitado.

TUTELA TEMERARIA.

Sentencia SU168/17

8. *La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la temeridad puede ser comprendida de dos formas distintas^[22]. La primera, se refiere a que dicha institución sólo puede configurarse si el accionante actúa de mala fe^[23]. La segunda, que corresponde a la interpretación literal del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, el cual exige que el accionante presente varias veces una demanda de tutela por los mismos hechos, sin justificación alguna, para que se verifique la temeridad^[24].*

Ante tal ambivalencia, la Corte concluyó que para rechazar la acción de amparo por temeridad, la decisión se debe fundar en el actuar doloso del peticionario, toda vez que esa es la única restricción legítima al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual se ejerce a través de la acción de tutela.^[25]

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha distinguido la improcedencia de la temeridad. La temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista^[26].

El último de los elementos mencionados se presenta cuando la actuación del actor resulta amañada, denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia.^[27]

9. A contrario sensu, la actuación no es temeraria cuando aún existiendo dicha multiplicidad de solicitudes de protección constitucional, la acción de tutela se funda en: (i) la ignorancia del accionante; (ii) el asesoramiento errado de profesionales del derecho; o (iii) el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho^[28]. En estos casos, si bien la tutela debe ser declarada improcedente, la actuación no se considera “temeraria” y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante.

HECHO SUPERADO

T-086/20:

D. CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

31. En reiteradas ocasiones, esta corporación ha señalado que la carencia actual de objeto se configura cuando la orden del juez constitucional no tendría efecto alguno o “caería al vacío”^[57], y que dicho fenómeno puede presentarse bajo las categorías de hecho superado, daño consumado o el acaecimiento de alguna otra circunstancia que conduzca a que la vulneración alegada ya no tenga lugar siempre que esta no tenga origen en la actuación de la entidad accionada (situación sobreviniente).

32. En relación con la primera categoría (carencia actual de objeto por hecho superado, en adelante, “hecho superado”), el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 determina lo siguiente: “Artículo 26.- (...) Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”.

33. La Corte ha interpretado la disposición precitada en el sentido de que el hecho superado, tiene lugar cuando desaparece la vulneración o amenaza al derecho fundamental invocado^[58]. Concretamente, la hipótesis del hecho superado se configura “cuando entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional**, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”^[59] (resaltado fuera del texto).

34. En tal sentido, esta corporación ha señalado los aspectos que deben verificarse a fin de examinar y establecer la configuración del hecho superado desde el punto de vista fáctico. Estos aspectos son los siguientes^[60]: “(i) que efectivamente se ha satisfecho **por completo** lo que se pretendía mediante la acción de tutela; (ii) y que la entidad demandada haya actuado (o cesado en su accionar) a motu proprio, es decir, voluntariamente”.

35. Así pues, al constatar dichos aspectos y encontrarse ante un hecho superado, la sentencia SU-522 de 2019 sistematizó la jurisprudencia respecto de los deberes que se desprenden para el juez de tutela en estos escenarios, indicando que “no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo”. Sin embargo, agregó que si bien en estos casos la Corte no se encuentra obligada a emitir un pronunciamiento de fondo, puede pronunciarse sobre el caso para realizar observaciones sobre los hechos que dieron origen a la interposición de la tutela, si así lo considera, entre otros. No obstante, la Corte ha dejado claro que, en cualquier caso, la sentencia que declare el hecho superado debe acreditar su configuración.

DERECHO A LA SALUD

T- 228/20:

“4.5. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de la jurisprudencia

4.5.1. El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: “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”, al tiempo que el artículo 49 señala que: “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 (...)”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, esta Corporación se ha referido a sus facetas, una como derecho y otra como servicio público a cargo del Estado^[36]. Cada una de ellas implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los **mandatos de continuidad, integralidad e igualdad**; mientras que, respecto a su expresión como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

4.5.2. Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, cabe destacar que en ley estatutaria el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable^[37]. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud^[38].

4.5.3. Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos. Para efectos de esta sentencia, la Sala se referirá a los principios de continuidad, oportunidad e integralidad, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto objeto de revisión.

4.5.4. El principio de continuidad en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente”^[39]. La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación^[40].

4.5.5. Por su parte, el principio de oportunidad se refiere a “que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”^[41] Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos ordenados^[42].

4.5.6. Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de forma individual del principio de integralidad, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio^[43] e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o, al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de exteriorizar una enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones^[44].

Con todo, es necesario advertir que el concepto de integralidad “no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”^[45], razón por la cual el juez constitucional tiene que valorar –en cada caso concreto– la existencia de dicho diagnóstico, para ordenar, cuando sea del caso, un tratamiento integral.

CASO CONCRETO

Sea lo primero indicar que a juicio de este despacho no existe **temeridad** en la presentación de esta tutela en relación con la que se presentó y fallo por parte

del juzgado 72 civil municipal de Bogotá, en la medida que no concurren los elementos que ha identificado la jurisprudencia: (i) identidad de partes en esta la parte pasiva es CAPITAL SALUD y en la otra era SOLSALUD; (ii) identidad de hechos, en esta se reclama el medicamento suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132”, en la otra TOPIRAMATO; (iii) identidad de pretensiones; en ellas se busca la entrega de medicamentos, pero de diferente denominación y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.

Como se puede evidenciar entonces se esta frente a situaciones diferentes, que no justifican el tratamiento de la temeridad, mas la ausencia de prueba que determine la mala fe de la accionante, la cual obviamente no se puede presumir.

De otro lado como se enunció, la señora NANCY VIVIANA RESTREPO TANGARIFE como agente oficioso de DEISY VIVIANA GARCÍA RESTREPO, en uso de la acción contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, deprecó la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, la salud, la vida en condiciones dignas y a la oportunidad, endilgando como transgresor de sus garantías constitucionales a CAPITAL SALUD E.P.S., ente que se ha negado la autorización y entrega del medicamento suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132”.

Adviértase en primer lugar que corresponde a CAPITAL SALUD E.P.S., la prestación de los servicios de salud del accionante atendiendo que se encuentra afiliado en el régimen subsidiado, según las pruebas adosadas al plenario y lo manifestado en el escrito de tutela por la parte accionante.

En segundo lugar, el Despacho estima que se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la entrega del medicamento suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132”, por estar prescrito y justificada su formulación por el galeno tratante, según las pruebas adosadas al plenario con el escrito de la tutela, por las siguientes razones:

La Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la salud posee una doble connotación: (i) como **un derecho fundamental** y (ii) como **un servicio público**. En tal razón ha considerado que:“...En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, **todas las personas sin excepción** pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.

Si bien, en el presente caso estaría para ordenar la autorización y entrega del medicamento suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132”, lo cierto es, se constató que CAPITAL SALUD E.P.S., una vez enterada de la presente acción procedió a autorizar y hacer la entrega del medicamento suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132” a la señora NANCY VIVIANA RESTREPO TANGARIFE como agente oficioso de DEISY DAYANA GARCÍA RESTREPO, en las cantidades indicadas por el médico tratante, por tanto sin mayores disquisiciones **se tiene por hecho superado**, recordando que según la jurisprudencia constitucional este “...se presenta cuando por acción u omisión del obligado, **desaparece la afectación del derecho cuya protección se reclama, de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez constitucional**” (Sentencia T-957 de 2009), y por tanto, “en tal contexto, la configuración de un hecho superado hace innecesario el pronunciamiento del juez, ya que los requerimientos del accionante se satisfacen antes del respectivo fallo...” (Sentencia T-058 de 2011).

Ahora bien, respecto al tratamiento integral de salud, solicitado para que se le garanticen el acceso y continuidad en la prestación de los servicios de salud y suministros de todos los tratamientos, medicamentos y procedimientos para el tratamiento de la patología que lo aqueja “EPILEPSIA REFRACTARIA”, la sentencia atrás citada claramente indica que: “Con todo, es necesario advertir que el concepto de integralidad “no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”^[45], razón por la cual

el juez constitucional tiene que valorar –en cada caso concreto– la existencia de dicho diagnóstico, para ordenar, cuando sea del caso, un tratamiento integral.

A juicio de este despacho la pretension de la accionante no esta llamada a prosperar en primer lugar ya un juez constitucional dio esa orden por lo que se esta frente a la cosa juzgada, y en segundo lugar si bien existe un diagnostico ya este esta bajo el tratamiento de los medicos.

CONCLUSIÓN

Por lo anterior y revisadas las documentales militantes en la foliatura, da cuenta el diligenciamiento que la persona jurídica a quien se endilga la transgresión de las prerrogativas fundamentales (EPS), dentro de la oportunidad concedida procedió a autorizar y hacer la entrega a través de Audifarma S.A. del medicamento suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLV O 300G/LATA/CANTIDAD 132” en las cantidades ordenadas por el médico tratante, satisfaciendo así la primera petición realizada por el accionante, y teniéndose por hecho superado, pues desapareció la afectación del derecho cuya protección reclamaba.

Ahora bien, en relación a la solicitud del tratamiento integral, este Despacho puede evidenciar el fenómeno de la cosa juzgada.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE LA LOCALIDAD DE CHAPINERO, DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que en este asunto no hay temeridad.

SEGUNDO: DENEGAR el amparo por carencia actual de objeto por **HECHO SUPERADO**, respecto a la autorización y entrega del medicamento suplemento “DENSIDAD CALORICA – 1 A 2 KCAL/ML – KETOCAL 4:1 POLVO 300G/LATA/CANTIDAD 132”.

TERCERO: NEGAR EL TRATAMIENTO INTEGRAL SOLICITADO, con base en los motivos señalados.

CUARTO: NOTIFICAR esta determinación a los intervinientes en la forma más rápida y eficaz, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión.

SEXTO: FORMAR cuaderno aparte con la copia de la solicitud de amparo y de esta providencia, con el fin de verificar el cumplimiento del fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FERNANDO MORENO OJEDA

Juez

AC

Firmado Por:

FERNANDO MORENO OJEDA

JUEZ

JUZGADO 033 PEQUEÑAS CAUSAS

JUZGADOS PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES

DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c6f66c8b6778285a9983fcd74d09956660b73fa6443e9a38c7712f803dbee554

Documento generado en 30/09/2020 03:14:50 p.m.