

Floridablanca, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

TUTELA

RADICADO: 2023-00125
ACCIONANTE: GLADYS GAMBOA MOSQUERA
ACCIONADO: SANITAS S.A. EPS
ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora GLADYS GAMBOA MOSQUERA contra SANITAS S.A. EPS, trámite al que se vinculó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES”, al INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS “INVIMA” y a la IPS FOSUNAB, ante la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la salud e integridad personal.

ANTECEDENTES

1.- La señora Gladys Gamboa Mosquera – de 58 años de edad y afiliada al régimen contributivo de salud a través de SANITAS EPS – expuso que se encuentra hospitalizada en la clínica FOSUNAB desde el pasado 23 de agosto, por padecer “anemia hemolítica inmune por anticuerpos calientes”; de acuerdo a su sintomatología, ha recibido la atención médica necesaria, mientras que los procedimientos y exámenes permitieron identificar su afección; como parte del protocolo de manejo, el galeno tratante le ordenó el medicamento micofenolato 500 mgs tabletas numero 120 mensual o 720 por 6 meses, con una dosis de 2 tabletas en la mañana y 2 en la noche, para un total de 4 tabletas al día; sin embargo, la PBS no tiene indicación INVIMA ni UNIRS para su patología y cuenta con alto costo en el mercado, por lo que le es imposible acceder a él por sus propios recursos, al carecer de la capacidad económica para adquirirlo, razones suficientes para acudir al presente trámite, a fin que se ordene su ejecución y se le conceda el tratamiento integral.

2.- Una vez abogado conocimiento, se vinculó al trámite a los representantes legales de Sanitas EPS, el ADRES, el INVIMA y a la IPS FOSUNAB, quienes señalaron lo siguiente:

2.1. La Abogada del Departamento Jurídico de la Foscál indicó que la entidad presta sus servicios a usuarios de diferentes entidades, a través de un contrato de prestación de servicios médicos, acorde con el plan de beneficios en salud, previstos legalmente conforme a la Ley 100 de 1992 y la Ley 1122 de 2007 y, por lo tanto, no puede autorizar servicios, ya que la competente

para hacerlo es la EPS a la que se encuentre afiliada la paciente; por ende, la dificultad o dilación en la prestación de los servicios de salud obedece exclusivamente a la EPS SANITAS, la que debe autorizar y entregar el medicamento denominado micofenolato, a efectos que sea suministrado a la accionante.

2.2. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) del INVIMA aseveró que - una vez elevada la consulta al Grupo de Registro Sanitario de la Dirección de Medicamentos y Productos Biológicos del Invima, acerca del registro sanitario del medicamento “micofenolato de mofetilo 500 de tableta” pretendido - fue informada acerca que se encuentra en trámite de renovación, o sea, puede seguir siendo fabricado, importado y comercializado, en virtud a las facultades que otorga el artículo 35 del Decreto Ley 019 de 2012; en consecuencia, la EPS está autorizada para garantizar los tratamientos médicos o terapéuticos, conforme a los principios de equidad, integralidad, igualdad, calidad y solidaridad.

2.3. El abogado de la oficina jurídica del ADRES advirtió que carece de legitimación en la causa por pasiva, ya que el marco normativo que establece las funciones y obligaciones que rigen a la administradora, la prestación de los servicios de la salud recae sobre la empresa promotora de salud; las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, conformando libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo la vida o la salud de los afiliados, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios.

2.4. El representante legal de Sanitas EPS, guardó silencio dentro del término otorgado.

CONSIDERACIONES

4.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y ágil para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, caracterizado su naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando se utilice como herramienta transitoria para evitar que se configure un perjuicio irremediable.

5.- Atendiendo a lo consignado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del art. 1º del Decreto 333 de 2021, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida – en principio - contra una entidad promotora de salud, Sanitas EPS y la vinculación de las demás entidades sucedió oficiosamente.

6.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, de tal modo que la señora Gladys Gamboa Mosquera estaba legitimada para interponerla, como presunta perjudicada.

7.- El problema jurídico se contrae a determinar si Sanitas EPS vulneró el derecho a la salud de la señora Gladys Gamboa Mosquera al dilatar la autorización y entrega del medicamento denominado “micofenolato”, por – supuestamente - no tener indicación INVIMA ni UNIRS, para el tratamiento de su patología.

La respuesta surge positiva, pues la entidad no ha autorizado ni suministrado el medicamento requerido, al punto que, guardó silencio en el presente trámite constitucional, pese a estar debidamente notificada, lo que ha generado que la accionante no cuente con el tratamiento adecuado para salvaguardar su vida.

Como problema jurídico asociado debe determinarse si resulta necesario conceder el tratamiento integral para la patología que afronta la afectada, pese a que no se tiene conocimiento de tratamientos u órdenes médicas pendientes. La respuesta emerge negativa, pues la falencia en la falta de autorización del medicamento no puede ser óbice para acceder a lo implorado, máxime si no se evidencia incumplimiento adicional.

7.1. La conclusión anterior se sustenta en las siguientes premisas:

7.1.1. Las premisas jurídicas sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores son las siguientes:

7.1.2. Carácter autónomo del derecho a la salud

En la actualidad, se predica la naturaleza fundamental del derecho a la salud, lo cual - sin duda - indica que ante su vulneración o puesta en peligro la protección podría implorarse – de forma independiente y autónoma - a través de la acción de tutela, sin que se supedite a la vulneración de otro derecho fundamental. Al respecto el máximo Tribunal Constitucional señaló que:

“...Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías

amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud...”¹

Así mismo, la H. Corte Constitucional pacíficamente ha discernido respecto del derecho fundamental a la salud lo siguiente:

“...la Ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible. En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela...”²

7.1.3. El tratamiento integral está regulado en el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 e implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”³. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”⁴.

De manera precisa Respecto la H. Corte Constitucional ha decantado que

“...por regla general, los servicios que deben ser otorgados de manera integral, son aquellos que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el padecimiento que se presente. Al respecto, la Corte ha señalado que: “(...) el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.”...(…).... Ahora bien, la Corte ha identificado que existen ciertos eventos en los que no se logra evidenciar con claridad que el tratamiento solicitado por el paciente relacionado con la atención integral, provenga de una orden médica o siquiera se acredite concepto o criterio del galeno, por tanto, sostiene que, en estos casos, el juez constitucional al conceder el amparo, debe ajustarse a precisos presupuestos, que le permitan determinar con claridad la orden que se pretende dictar, a saber:“(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable”...” (Subrayado fuera de texto).

¹ Sentencia T-700 de 2009

² Sentencia T-062 de 2017

³ Entre otras, las sentencias T-872 de 2012 y T-395 de 2015.

⁴ Sentencia T-611 de 2014.

7.2. Premisas fácticas

Se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional - porque se allegaron los medios de prueba para tal fin o no fue objeto de discusión entre las partes - que:

- (i) La señora Gladys Gamboa Moquera – de 58 años de edad - se encuentra afiliada en el régimen contributivo de salud a través de Sanitas EPS;
- (ii) La mencionada padece de un cuadro crónico de “anemia hemolítica inmune por anticuerpos calientes”, patología por la que se encuentra actualmente internada en la IPS FOSUNAB.
- (iii) A la fecha, la entidad promotora de salud no ha autorizado el medicamento denominado “micofenolato 500 mgs tabletas numero 120 mensual o 720 por 6 meses, con una dosis de 2 tabletas en la mañana y 2 en la noche, para un total de 4 tabletas al día”, debido a que – supuestamente - no cuenta con registro INVIMA ni UNIRS.
- (iv) La EPS accionada guardó silencio durante el trámite constitucional.

8.- Conclusiones.

Al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas legales y jurisprudenciales, se logró dilucidar lo siguiente:

8.1. En el caso concreto, refulge evidente que Sanitas EPS tiene la obligación de prestar el servicio de salud requerido por la accionante, sin que – sin justa causa - a la fecha hubiera tramitado la autorización del medicamento requerido, afectando su estado de salud, pues de acuerdo con los galenos tratantes, tal fármaco disminuye su dolencia.

8.2. Existe una afectación a la garantía referida puesto que, desde el 7 de septiembre de la presente anualidad el médico tratante ordenó el medicamento “micofenolato mofetilo” y, pese a ello, la EPS ha dilatado la autorización, con lo cual han transcurrido más de quince días y aún no se ha materializado, obviando que lo que pone en riesgo es la vida digna de uno de los usuarios del sistema de salud que eligió dicha entidad como su prestador de servicio.

8.3. Inexcusable resulta la actitud asumida por la EPS, pues es una obligación de la entidad prestar en forma oportuna los servicios de salud que requiera el afiliado, máxime que no media explicación alguna o razón atendible que soporte esa tardanza, que la justifique o haga entendible el actuar negligente y despreocupado, pese a que se existe una orden médica dada

por un galeno adscrito a la EPS para la patología que afronta la accionante.

8.4. Entonces, sin mayores elucubraciones es fácil concluir que se está vulnerando el derecho fundamental reclamado y la tutela emerge como la única vía de protección confiable; así las cosas, se amparará la garantía fundamental y, en consecuencia, se ordenará al representante legal de SANITAS EPS que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente decisión - si aún no lo ha hecho - autorice y suministre a favor de la accionante Gladys Gamboa Mosquera el medicamento denominado micofenolato 500 mgs tabletas numero 120 mensual o 720 por 6 meses, con una dosis de 2 tabletas en la mañana y 2 en la noche, para un total de 4 tabletas al día.

8.5. El tratamiento integral resulta improcedente, pues se desconoce que Sanitas EPS haya negado algún otro servicio de salud; ya que pese a que el medicamento ordenado no ha sido autorizado, no se ha presentado algún otro evento que permita concluir otro comportamiento negligente de la EPS respecto del tratamiento de la enfermedad que padece la accionante y, por ende, – por el momento – no es viable emitir una orden que garantice el tratamiento integral.

Cierto es que la entidad promotora de salud tardó en materializar la autorización para acceder al procedimiento quirúrgico y ello puso en riesgo el derecho a la salud de la accionante, pero también lo es que se adelantaron las labores dirigidas a satisfacer el único incumplimiento conocido, de ahí que - bajo el principio de la buena fe - debe entenderse que el pretérito actuar siempre se ajustó al cumplimiento de sus obligaciones, máxime si no existe prueba que indique lo contrario. Así las cosas, no se darán órdenes futuras e inciertas, pues no existe tratamiento médico en trámite que deba respaldarse con orden constitucional, conforme lo refiere la misma accionante.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA – en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud de la señora GLADYS GAMBOA MOQUERA, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.182.209, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

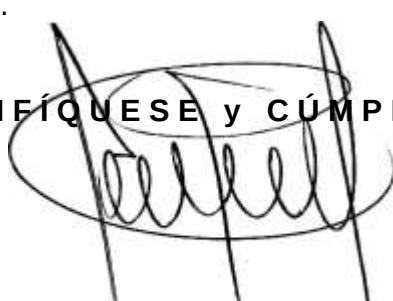
SEGUNDO: **ORDENAR** al representante legal de SANITAS EPS – o quien haga sus veces - que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión - si aún no lo ha hecho - autorice y suministre a favor de la accionante GLADYS GAMBOA MOSQUERA el medicamento denominado micofenolato 500 mgs tabletas numero 120 mensual o 720 por 6 meses, con una dosis de 2 tabletas en la mañana y 2 en la noche, para un total de 4 tabletas al día.

TERCERO: **DENEGAR** la solicitud de tratamiento integral, por las razones expuestas en antecedencia.

CUARTO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSE ALBERTO PLATA ANGARITA
JUEZ