

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y CUMPETENCIA MÚLTIPLE
LOCALIDAD DE CHAPINERO

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veintidós (2022)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-033-2022-00122-00

Accionante: RENE ALEJANDRO OJEDA GUTIERREZ en calidad de representante legal de LADY ALEJANDR OJEDA ARRIETA
Accionado: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - COMPENSAR EPS
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia presentada por RENE ALEJANDRO OJEDA GUTIERREZ en calidad de representante legal de LADY ALEJANDR OJEDA ARRIETA, en la que se acusa la vulneración de los derechos de salud, vida ,seguridad social y dignidad humana.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos.

-Manifestó el accionante que su hija de 9 años, se encuentra afiliada al régimen contributivo en Compensar EPS, diagnosticada con Fibrosis Quística, que afecta principalmente a los pulmones, páncreas, hígado e intestino, clasificada como enfermedad huérfana. Debido a su patología los médicos tratantes iniciaron un tratamiento de acuerdo a sus necesidades que conlleva, entrega de medicamentos, dispositivos, citas con especialistas, hospitalizaciones, entre otros, los cuales se han generado con una serie de copagos muy altos y su situación económica es muy deficiente porque tiene como ingresos mensuales de \$2.068.000 y debe cubrir gastos básicos, como alimentación, servicios públicos, medicamentos, transportes, prestamos etc. que suman \$2.000.0000.

Además, indicó que en la actualidad el tratamiento para la enfermedad tiene los siguientes medicamentos, Dornasa Alfa, Salbutamol, Solución salina hipertónica, Trimethoprim, Creón, Vitaminas E, D, K2, Kidcal, Carbonatol, Scandishake, Pediasure clinical, Prowhey y con atención multidisciplinaria/especialidades de Neurología pediátrica, Infectología pediátrica y Gastroenterología pediátrica, y su condición médica exige que los tratamientos medicos sean recurrentes, rutinarios y se debe seguir un plan de actividades decontrol.

Por lo tanto, el 20 de noviembre solicitó exoneración de copagos y/o cuotas moderadoras ante el convocado, pero el 23 de diciembre le contestaron negativamente, con énfasis, en que las enfermedades huérfanas no están incluidas en dichas excepciones, dado que no son consideradas como catastróficas en el plan de beneficios en salud PBS.

Puso de presente que el pasado octubre, radicó tutela que correspondió ante el Juzgado 20 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, con las mismas partes, las mismas pretensiones, pero con hechos distintos dado que allí no había hecho solicitud alguna de exoneración ante la EPS.

1.2. Pretensiones.

En consecuencia, pretende se ordene a COMPENSAR EPS la exoneración en la cancelación de los copagos y/o cuotas moderadoras de todos los servicios de salud, por la condición médica de su hija menor.

1.3. Trámite Procesal.

Correspondiéndole por reparto a este Juzgado conocer de la acción, mediante auto calendarado 22 de abril de 2022 se admitió la tutela, ordenándose oficiar a la entidad accionada y a los vinculados FUNDACIÓN NEUMOLOGICA COLOMBIANA para que se pronunciaran sobre cada uno de los hechos y derechos que dieron origen a la presente acción constitucional.

-FUNDACIÓN NEUMOLÓGICA DE COLOMBIA, indicó que por su parte la accionante fue diagnosticada con fibrosis quística con manifestaciones pulmonares y gastrointestinales, delta f 508 heterocigota, neumonía por

estafilococo y desnutrición. Además que no puede emitir pronunciamiento sobre lo pretendido, ya que es la aseguradora quien debe autorizar la exoneración de copagos y/o, pues es Institución Prestadora de Servicios de salud, que tiene por objeto la docencia, la investigación, y la experimentación científica en el área de la neumología y disciplinas relacionadas. Por último, solicitó su desvinculación dado que no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante.

-MARTHA PATRICIA CANTOR ALONSO, en calidad de **DEFENSORA DEL PUEBLO REGIONAL DE BOGOTÁ**, señaló que una vez verificada su base de datos, no encontró que el señor Rene Alejandro Ojeda tenga registro alguno como usuario, peticionario o afectado y por lo tanto no puede hacer pronunciamiento alguno referente a la presente acción.

-CARLOS STEVEN PACHÓN BERNAL, en calidad de apoderado judicial de **COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD**, alegó temeridad por cuanto la misma acción de tutela fue disuelta ante el Juzgado 20 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá mediante radicado No. 2020-00127, donde según su fallo, tiene identidad de partes, identidad fáctica y causa pretendí.

Por su parte, expuso que la Resolución 2292 de 2021 que actualiza integralmente el plan de beneficios en salud con Cargo a la Unidad de Pago por Capacitación en el artículo 114 no considera las enfermedades huérfanas como patologías de alto costo. Adicionalmente, la Circular 0016 del 22 de marzo de 2014 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, brinda lineamientos sobre las exenciones al pago de copagos y cuotas moderadoras, dentro los cuales no están incluidas las enfermedades huérfanas.

Indico que las excepciones al cobro de copago o de cuotas moderadoras a usuarios con diagnósticos de enfermedad huérfana son:

- i. Los pacientes con enfermedad huérfana confirmada estarán exentos del pago de cuotas moderadoras si están inscritos o se someten a la prescripción regular de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control. Acuerdo 260, Artículo 6, parágrafo 2°.

- ii. Está certificado que padece una discapacidad sensorial, motora, cognitiva o mixta como consecuencia de esa enfermedad huérfana, cumpliendo con la Circular 00016 de 2014, numeral 8. En Compensar EPS se realiza una marcación de cada usuario con discapacidad certificada para evitar el cobro correspondiente.
- iii. En caso de someterse a una intervención quirúrgica para tratar una enfermedad congénita, evento que sí está contemplado como una patología de Alto costo en el Plan de Beneficios en salud, estará exento del copago por este evento. Resolución 5857 de 2018.
- iv. población menor de 18 años que se encuentre confirmada y certificada por el Oncohematólogo Pediátrico como Aplasias Medulares y Síndromes de Falla Medular, Desórdenes Hemorrágicos Hereditarios, Enfermedades Hematológicas Congénitas, Histiocitosis y desordenes Histiocitarios, de acuerdo a la Ley 1388 de 2010.

También puso de presente el tratamiento integral, en el cual relacionó todas las terapias, servicios y suministros en salud dispensados a la accionante durante el estado de afiliación, en aras de darle cumplimiento a la atención integral del paciente, sin que a la fecha existan servicios o suministros pendientes de autorizar,

-ELSA VICTORIA ALARCÓN MUÑOZ, actuando en calidad de apoderada del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, enseñó normativa referente al caso en concreto y alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable, por cuanto no ha violado los derechos invocados por el accionante, en consecuencia solicitó la exoneración de toda responsabilidad de la presente acción de tutela

-CLAUDIA PATRICIA FORERO RAMÍREZ, actuando en calidad de subdirector técnico de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, enseñó un esquema normativo para el caso en concreto y peticionó la falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que no existe nexo causal de los derechos fundamentales incoados por el accionante y su entidad. No obstante una vez consultó en la página web de la ADRES, indicó que la usuaria, registra afiliación ante

COMPENSAR EPS a la fecha, lo que permite corroborar la inexistencia del nexo causal entre el hecho y la violación de derecho.

2. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se ejerce para reclamar de la jurisdicción, protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando se vean amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares mediante un procedimiento preferente y sumario.

A. Problema Jurídico.

El Despacho se contrae a resolver si en el caso expuesto, se presenta vulneración a los derechos a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana del accionante al endilgársele que el accionado COMPENSAR EPS no la ha exonerado de la cancelación de los copagos y/o cuotas moderadoras de todos los servicios de salud, con ocasión al diagnóstico Fibrosis Quística de su hija menor LADY ALEJANDR OJEDA ARRIETA,

B. La acción de tutela y su procedencia.

Legitimación activa. RENE ALEJANDRO OJEDA GUTIERREZ es mayor de edad y actúa como representante de su hija menor de edad LADY ALEJANDR OJEDA ARRIETA, cumple con los requisitos mínimos para su procedencia¹, ya que ello fue constatado con la presentación del escrito de tutela.

Legitimación pasiva. COMPENSAR EPS, es la parte demandada y, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 4° y 6° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el presente asunto, en la medida que se les atribuye la violación de los derechos en discusión.

C. Como primera medida en cuanto a la temeridad, téngase en cuenta lo siguiente:

¹ Cfme. Sentencias T-342/04, T-294/04, T-061/04, T-531/02, T-1224/00.

A ese tenor, debe de entrada memorar este Despacho, que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 claramente dispone que *“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”*.

Lo anterior significa que cuando por parte de un accionante se presenta en más de una oportunidad acción de tutela sobre los mismos hechos y derechos, existe temeridad. Tal es el motivo por el que se exige el juramento de que no ha habido acción constitucional por los mismos hechos.

En efecto: el artículo 37, inciso 2, del Decreto 2591 de 1991, enseña que *“El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio”*.

Sobre este particular, ha indicado la Corte Constitucional

“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”

“una actuación es temeraria cuando: (i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”²

Así mismo, que el juez de tutela deberá declarar improcedente la acción, *“(…) cuando se interpone una nueva acción de amparo respecto de un caso que guarda*

² Corte Constitucional T 411 de 2017.

*identidad con otro anterior, procurando mediante técnicas y estrategias argumentales ocultar la mencionada identidad, es presumible prima facie el uso temerario de la acción de tutela. Esto por cuanto el cambio de estrategia argumental o la relación de hechos que en realidad ni son nuevos ni fueron omitidos en el fallo anterior, conlleva la intención de hacer incurrir en error al juez, y sacar beneficio de ello. Resulta pues inaceptable que con dicho interés se haga uso del mecanismo judicial de la tutela. Por ello si el juez de amparo detecta que el caso jurídico que se le presenta, en su contenido mínimo (pretensión, motivación y partes) guarda identidad con otro pendiente de fallo o ya fallado, debe declarar improcedente la acción.*³

Caso concreto

Para el caso que nos ocupa, se advierte que si bien existe similitud en los hechos, existe un hechos nuevo, en cuanto a la solicitud que el mismo realizo ante la EPS convocada para la exoneración de copagos que hoy pretende con la presente acción, además, hizo manifestación en cuanto a la nueva interposición de la presente acción y por tanto, no podría abrirse paso a una configuración de temeridad y mala fe del mismo.

Ahora, la obligación de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Salud radica en brindar a los usuarios una atención eficiente, continua, oportuna y de calidad, sin imponer barreras u obstáculos irrazonables a los afiliados para acceder al servicio que requieran.

Sobre este tema de la salud, la Corte Constitucional ha señalado que:

“(...) la prestación efectiva de los servicios de salud incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal

³ Corte Constitucional T 001 de 2016.

al paciente, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud.”⁴

Ahora, en cuanto a los menores de edad se entiende que “el derecho a la salud cobra mayor importancia, pues se refiere a sujetos de especial protección en consideración a su temprana edad y a su situación de indefensión. En este sentido, el artículo 44 de la Constitución establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, y la seguridad social, [...]”. El reconocimiento del interés superior del menor, ampliamente considerado por disposiciones de carácter internacional, exige al Estado el compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores, pues sus derechos fundamentales prevalecen al momento de resolver cuestiones que les afecten.

En concordancia, el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015 enumera los elementos y principios esenciales que deben regir la prestación del servicio y reconoce el principio de prevalencia de los derechos, en virtud del cual le compete al Estado “implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”.

*A su vez, el artículo 11 de la citada Ley, reconoce como sujetos de especial protección a los **niños, niñas y adolescentes**, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, **personas que padecen enfermedades huérfanas** y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser “limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica”. En estos términos, se reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en materia de salud.”⁵*

De otro lado, sobre la exoneración de los copagos y de las cuotas moderadoras la misma institución precisó “la cancelación de cuotas moderadoras y copagos es necesaria en la medida en que contribuyen a la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud y protege su sostenibilidad. No obstante, el cubrimiento de copagos no puede constituir una barrera para acceder a los servicios de salud, cuando el usuario no tiene capacidad económica para sufragarlos, por lo que es procedente su exoneración a la luz de las reglas jurisprudenciales anteriormente referidas.

En este orden de ideas, es procedente que el operador judicial exima del pago de copagos y cuotas moderadoras cuando: (i) una persona necesite un servicio médico y carezca de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, caso en el cual la entidad encargada deberá asegurar al paciente la atención en

⁴ Corte Constitucional T-384 de 2013

⁵ Corte Constitucional T – 402 de 2018

salud y asumir el 100% del valor correspondiente; (ii) el paciente requiera un servicio médico y tenga la capacidad económica para asumirlo, pero se halle en dificultad de hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado. En tal supuesto, la EPS deberá garantizar la atención y brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora; y (iii) una persona haya sido diagnosticada con una enfermedad de alto costo o esté sometida a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, casos en los cuales se encuentra legalmente eximida del cubrimiento de la erogación económica.

En el caso concreto se encuentra según epítome médico que LADY ALEJANDRA OJEDA ARRIETA presenta diagnóstico de fibrosis quística con manifestaciones pulmonares y gastrointestinal, delta f 508 heterocigota, neumonía por estafilococo y desnutrición, motivo por el cual su médico tratante ordenó tratamiento que se compone de medicamentos, dispositivos, citas con especialistas, hospitalizaciones, entre otros, los cuales si bien han sido autorizados no siempre han podido ser efectuados debido al cobro de los copagos que la EPS le ha impuesto para su práctica.

Así las cosas, téngase en cuenta que la exoneración de pagos de copagos y cuotas moderadoras se encuentra que el Plan Obligatorio de Salud tanto para el régimen contributivo como subsidiado presenta un listado taxativo referente a los procedimientos considerados como de alto costo, incluidos en la Resolución No. 6408 de 2016 de donde no emerge que los servicios médicos reclamados por el agenciado, no se encuentran incluidos y por tanto no puede considerarse como de alto costo.

Así mismo, el Acuerdo 260 de 2004 en su artículo 7° refiere que deberá aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción, entre otros, de las enfermedades catastróficas o de alto costo.

Así las cosas, como los servicios no resultan ser un evento catastrófico ni de alto costo, inviable es la exoneración reclamada.

Coralario, se denegará la acción de tutela por lo expuesto.

Por último, se dispondrá la desvinculación de FUNDACIÓN NEUMOLOGICA COLOMBIANA y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, toda vez que verificada la actuación se advierte que no han vulnerado ningún derecho fundamental del accionante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C.- LOCALIDAD DE CHAPINERO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela formulado por **RENE ALEJANDRO OJEDA GUTIERREZ** en calidad de representante legal de **LADY ALEJANDR OJEDA ARRIETA**, de conformidad a lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FERNANDO MORENO OJEDA

Juez

Firmado Por:

Fernando Moreno Ojeda

Juez

Juzgado Pequeñas Causas

Juzgados 033 Pequeñas Causas Y Competencias Múltiples

Bogotá, D.C. - Bogotá 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: **18ac510a4955bc1208816e34a5c88c1f84852b39cd0ae834796dc94de4b03b8e**

Documento generado en 05/05/2022 03:20:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>