

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela N° 2020 – 238
Proveniente del Juzgado Veinte Civil Municipal de Oralidad.
Sentencia Segunda Instancia

Fecha: Treinta de julio de dos mil veinte

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación del solicitante: (Art. 29 Núm. 1 D. 2591/91):

Viviana Andrea Marín Martínez, identificada con la C.C. # 52.952.493 quien actúa en nombre propio.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Núm. 2 D. 2591/91):

- a) La actuación es dirigida por el promotor en contra de:
 - Capital Salud E.P.S.
 - Secretaría Distrital de Salud.
 - Fondo Financiero Distrital de Salud.

- b) Posteriormente y de manera oficiosa la primera instancia vinculó a:
 - Instituto Nacional de Cancerología - ESE.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Núm. 3 D. 2591/91):

La accionante indica que se trata de los derechos a la Salud, vida dignidad y Seguridad Social.

4.- Síntesis de la demanda:

- a) *Hechos:* La parte accionante manifestó que:

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- Tiene 37 años está afiliada al régimen subsidiado con Capital Salud EPS, y se encuentra en el nivel 2 del Sisben.
- Recibió entre los años 2017 y 2019 tratamiento para cáncer de mama en el Instituto Nacional de Cancerología.
- En el año 2020 le fue diagnosticado metástasis pulmonar y hepática, lo cual va ser tratado en 6 ciclos de poli terapia antineoplástica, con el medicamento PERTUZUMAB que no se encuentra incluido en el POS.
- Atendiendo que fue catalogada en un nivel dos de Sisben el cual es muy alto, tiene que pagar el 10% del referido procedimiento, por lo que tiene que hacer un copago de \$500.000, y al ser 6 ciclos tendría un costo de \$3.000.0000, valor que le es imposible de pagar.
- No tiene empleo dada la patología, vive con sus dos hijos y esposo, que tiene un trabajo como independiente en un taller mecánico de motos, pagan arriendo, y el único ingreso es el de su cónyuge.
- No tienen ingresos por la pandemia, dado que el taller está cerrado.
- El tratamiento es continuo, por lo que solicita se exonere del copago, en tanto no podría acceder a los servicios médicos para controlar y eliminar el cáncer.
- El medicamento PERTUZUMAB es costoso, pero si no lo recibe se puede ver comprometida su vida.

b) Petición:

- Tutelar los derechos deprecados.
- Ordenar a las accionadas el cubrimiento del 100% del medicamento PERTUZUMAB, así como todos los procedimientos formulados por el médico tratante.
- Ordenar el tratamiento integral.

5- Informes:

a) Instituto Nacional de Cancerología.

- La accionante ha sido atendida desde el 16 de agosto de 2017.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia

Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

-
- Ha sido atendido por seno y tejidos blandos, realizándole prescripciones POS y no POS.
 - Los medicamentos son dispensados previa autorización de la EPS.
 - El medicamento Pertuzuman30 ml, no es disponible por el Instituto dado que no se encuentra en el vademécum institucional, por lo que es suministrado por la EPS.
 - No tiene facultada para autorizar servicios.
 - Corresponde a la EPS accionada garantizar el procedimiento y demás servicios requeridos por la paciente.

b) Secretaría Distrital de Salud.

- Los dineros que maneja están destinados a quienes ostenten la calidad de pobres no asegurados, por lo que no pueden ser destinados a la población afiliada al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social, como lo es la afectada, en tanto estos son financiados por la Entidad Promotora de Salud .
- Alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto no es una entidad prestadora de servicios en salud.

6.- Decisión impugnada:

Se resolvió la primera instancia de la siguiente manera:

a) Consideraciones: Amparó los derechos de la accionante en tanto que:

- La actora se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, y por tanto se constituye en sujeto de especial protección constitucional.
- Atendiendo que la actora padece una enfermedad catastrófica, y no está en condiciones de pagar copagos o cuotas moderadoras, no es del caso interrumpir la entrega del medicamento Pertuzumab, dado que se encuentra dentro de las exclusiones a dichas erogaciones, y por tanto encontró probada la lesión de derechos fundamentales.

b) Orden: Concedió el amparo y ordenó:



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- Tutelar los derechos deprecados.
- Ordenó a Capital Salud EPS-S S.A.S. el suministro del medicamento PERTUZUMAB, asumiendo el 100% del costo del mismo.

7.- Impugnación: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La accionada Capital Salud EPS S.A.S. presentó impugnación alegando:

- El fallo impone una obligación desproporcionada teniendo en cuenta que no negó servicio alguno al afiliado, conforme la cobertura establecida en el Plan de Beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación definido en la Resolución 5857 de 2017 y 244 de 2019 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.
- Corresponde a la accionante pagar el 10% del valor del servicio el cual debe ser recogido por la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, acorde lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016.
- El no realizar el recaudo se constituye en un incumplimiento de las funciones de la EPS, más aun cuando es un deber del usuario conforme la Ley 1751 de 2015.
- La exoneración de las cuotas de recuperación excede la competencia de la entidad, por lo que solicita vincular a la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, quien es la encargada del recaudo.
- El diagnóstico de la accionante se encuentra dentro de las patologías de alto costo, contemplada en la resolución 3512 de 2019, y de que se obtuvo la confirmación de cáncer se realizó marcación para que no se apliquen copagos con ocasión de los servicios que se prestan al paciente y que están relacionados con el diagnóstico.
- La petición de elevada carece de objeto, y por tanto se presenta hecho superado por carencia de objeto.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

8.- Problema jurídico:

¿Se ha garantizado el derecho fundamental a la salud, vida digna y seguridad social en el trámite dado a la patología del accionante por parte de la accionada y vinculadas?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Normas aplicables: Artículo 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia.

b.- Fundamentos de derecho: Respecto a los derechos a la salud, seguridad social y vida digna resulta indiscutible, que la atención en salud en los términos del art. 49 de la Constitución política tiene doble connotación, pues por un lado está regulado como un derecho constitucional; y por otro, en un servicio público de carácter esencial, correspondiéndole por ello al estado no solo organizar, sino además reglamentar su prestación según los fines de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

El derecho a la salud contempla, por lo menos, el acceso a los servicios indispensables para conservar la salud, en especial aquéllos que comprometan la vida digna y la integridad personal; tal acceso depende, en principio, de si el servicio requerido está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, al cual la persona tiene derecho o si el mismo se encuentra excluido del POS, como será explicado más adelante.

Resaltando que a través de la sentencia **SU-062 de 2010**, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación, reiteró que el **derecho a la seguridad social es un derecho fundamental**, y como quiera que dentro de este derecho fundamental se encuentra el derecho a la salud, encuentra su conexidad también con otros derechos también de rango Constitucional, tales como el derecho a la vida, el derecho a una vida digna entre otros, por lo que resulta claro que la acción de tutela puede ser utilizada para proteger los mismos – Seguridad Social y derecho a la Salud – a fin de resguardarlos siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal, máxime cuando con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se regula el derecho fundamental a la salud.

Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

c. - Procedencia de la acción de tutela para protección del derecho fundamental de salud: En materia del derecho a la salud la Corte Constitucional ha decantado que la protección por acción de tutela es procedente cuando resulta vulnerado dicho derecho, como lo recuerda en la sentencia T – 196 de 2018 que en lo pertinente determina:

“En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.”.

b.- Caso concreto: Para resolver la impugnación presentada por la accionada resulta pertinente indicar que los fundamentos de ésta, se centran en que, ha prestado los servicios de salud, el no realizar el recaudo se constituye en un incumplimiento, exonerar de las cuotas de recuperación excede su competencia y por tanto se debe vincular a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, y se presenta hecho superado por carencia de objeto.

Respecto del pago de copagos y cuotas moderadoras, se debe partir por indicar que, las cuotas moderadoras son aplicables a los afiliados cotizantes y sus beneficiarios, y los copagos se aplican a los afiliados beneficiarios¹, y las mismas fueron establecidas de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-402 de 2018 para:

*“Al respecto, esta Corporación ha reconocido que el establecimiento de las cuotas moderadoras, atiende el propósito de racionalizar el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los afiliados y sus beneficiarios, evitando desgastes innecesarios en la prestación del servicio, y, de otro lado, con los copagos aplicables a los beneficiarios, pretende que una vez se haya ordenado la práctica de algún servicio médico, se realice una contribución, de conformidad con un porcentaje establecido por la autoridad competente y acorde a la capacidad económica del usuario, con la finalidad de generar financiación al Sistema y proteger su sostenibilidad.”*²

Ahora bien, la exoneración indicada por el a quo, respecto de la señora Viviana Andrea Marín Martínez del pago de copagos y cuotas moderadoras habrá de confirmarse, en tanto que:

¹ Sentencia T-402 de 2018 “En relación con las clases de pagos, dicho Acuerdo en su artículo 3º estableció la diferencia entre las cuotas moderadoras y los copagos. Señaló que las primeras son aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los segundos se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.”

² Corte Constitucional, sentencias T-584 de 2007. M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-148 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- De acuerdo a lo señalado en el Artículo 7 del acuerdo 260 de 2004 se encuentran exonerados del cobro de copagos:

“Artículo 7º. Servicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de:

- 1. Servicios de promoción y prevención.*
- 2. Programas de control en atención materno infantil.*
- 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles.*
- 4. Enfermedades catastróficas o de alto costo.*
- 5. La atención inicial de urgencias.*
- 6. Los servicios enunciados en el artículo precedente.”*

- La Corte Constitucional en sentencia T-402 de 2018 estableció como eximentes de cuotas de copagos y cuotas moderadoras a:

“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 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.”

- La accionante puso de presente que no puede realizar el pago, y la accionada no desvirtuó dicha afirmación.
- La actora se encuentra dentro de la excepción contemplada en el artículo 7 del acuerdo 260 de 2004, padecer una enfermedad catastrófica o de alto costo como lo es el cáncer.
- Aun cuando la accionada manifestó que se presenta hecho superado por carencia de objeto, en tanto realizó la marcación respecto de la accionante para que no se apliquen los copagos, no acreditó dicha circunstancia, y se debe tener en cuenta que tal y como lo ha precisado la jurisprudencia, que las afirmaciones de las partes que favorezcan sus intereses no tienen valor demostrativo, salvo que estén respaldadas por otro medio probatorio³.
- La solicitud de la accionada de integrar el contradictorio con la Secretaría de Salud, no resulta de recibo, si se tiene en cuenta que dicha entidad fue vinculada por el Juez de Primera Instancia.

³Cfr. Cas. Civ. Sentencia de octubre 31 de 2002, exp. 6459.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- Tampoco resultan aceptables las manifestaciones de la pasiva, que no negó el servicio, la accionante debe pagar el 10% del valor del servicio, el no realizar el recaudo se constituye en un incumplimiento y la exoneración de cuotas de recuperación excede su competencia, si se tiene en cuenta que, se reitera la actora se encuentra en la excepción contemplada en el artículo 7 del acuerdo 260 de 2004, y las dispuestas por la Corte Constitucional en providencias como la T-402 de 2018.
- Por lo expuesto luce razonable la orden dada por el a quo de exonerar del pago de copagos y cuotas moderadoras, a la accionante.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, por los motivos señalados en la parte motivada es ésta sentencia,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión impugnada.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: NOTIFICAR la decisión por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO

JUEZ

©A7C