



JUZGADO SESENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL transformado transitoriamente
por el Acuerdo PCSJA18-11127 de 2018 en JUZGADO **CUARENTA Y TRES (43)**
DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BOGOTÁ D.C.

Carrera 10 N° 14 – 33 Piso 14 - Bogotá D.C. – Colombia

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001 40 03 061 **2020 00545 00**
Accionante: CARMEN YADIRA SEPULVEDA DE NEIRA
Accionada: SANITAS EPS
Vinculado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD,
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA
GENERAL DE SALUD-ADRES, al INSTITUTO NACIONAL DE
VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS- INVIMA y al
médico Dr. ANDRES FELIPE CARDONA Especialista en
Oncología Clínica y Traslacional adscrito a la EPS accionada-
Unidad Funcional Neuro-Oncología

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de Agosto de dos mil veinte (2020).

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta lo siguiente:

I. HECHOS

De la demanda de acción de tutela interpuesta, se extrae que la accionante quien actúa en causa propia, pretende que se le amparen los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social, que estima están siendo conculcados por la accionada EPS, con fundamento en la situación fáctica que a continuación se sintetiza:

1. Informó, ser una paciente adulta mayor, afiliada a EPS SANITAS en el régimen contributivo, diagnosticada con *“Estesioneuroblastoma grupo B (base de cráneo) /Kadish C (neoplasia maligna de célula pequeña compatible con estesioneuroblastoma)”*, desde febrero de 2010.

2. Indicó, que, debido a su condición de salud, requiere de manera urgente el suministro oportuno e inmediato y como medida provisional del medicamento *“Sunitinib 25 mg VO c/día”*, ordenado por su médico tratante, el cual, según respuesta de la EPS, en Colombia no se ha autorizado registro sanitario del medicamento para dicha indicación terapéutica.

3. Sostuvo, que, la no aprobación y que se indica deber ser por parte del INVIMA del registro sanitario de aludido medicamento, vulnera los derechos

sustanciales sobre los procedimentales, anteponiendo asuntos procedimentales y contrariando las argumentaciones médicas del galeno tratante, las cuales concluyeron que *“En el momento hay aumento del metabolismo global de las lesiones en seguimiento (28.8%) y ligera variación dimensional por la evaluación comparativa global realizada el 27/07/20 (en especial al comparar con los estudios de 2015, 2016 y enero de 2020). Por los hallazgos descritos se propone iniciar tratamiento con Sunitinib 25 mg VO c/día dosis continua ante la pérdida de VHL”*.

4. Exterioriza no aceptar el argumento dado por la EPS para no autorizar el medicamento, pues indica no se encuentra en investigación o etapa experimental y así manifestó, que, para el control y manejo de la enfermedad, es necesario garantizar la correcta, oportuna y continua atención a la misma y garantizar los medicamentos y tratamientos necesarios que hayan sido prescritos por el médico tratante, así, como el cubrimiento del 100% de los mismos, y la atención integral que se derive de ellos.

II. PRETENSIONES

El acápite demandatorio y con los documentos que anexa como pruebas así como el fundamento de derecho en que se apoya, se contrae a deprecar el amparo tutelar de los derechos fundamentales invocados en la acción enfilada, a efectos de ordenar a la entidad accionada, en resumen lo siguiente:

1. Como medida cautelar (SIC), ordenar a Sanitas EPS, el otorgamiento del medicamento Sunitinib 25 mg VO c/día, ordenado por el médico tratante, cubriendo el 100% del mismo.

2. Ordenar a la accionada, suministrar la atención integral, que se derive de la patología que padece, en los que se incluyan procedimientos, pruebas diagnósticas y los demás medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma sin tener en cuenta que se encuentren por fuera del POS.

3. Ordenar a SANITA EPS que no sean exigidos el pago de cuotas moderadoras ni copagos, teniendo en cuenta que la patología que padece es de alto costo o catastrófica y que igualmente debido a la urgencia con que requiere el medicamento se le disponga la entrega en un tiempo prudencial y le continúe prestando la atención médica y asistencial que requiere.

III. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela de acuerdo a los parámetros establecidos por el Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el Decreto 1382 de 2000 y lo establecido en el Decreto 1983 de

2017, reglamentarios de la acción constitucional en estudio; amén del precedente jurisprudencial emanado de la H. Corte Constitucional sobre la materia¹.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez asumido el conocimiento de la presente acción, mediante providencia de fecha veintiuno (21) de Agosto de 2020, se dispuso oficiar a la entidad accionada y a las entidades que allí se estimaron vincular, para que se manifestaran sobre todos y cada uno de los hechos que dieron origen a la presente acción y ejercieran el derecho de defensa que les asiste u ofrecieran concepto sobre el tema objeto de análisis constitucional.

En la misma actuación, aun cuando el acta de reparto no lo precisó, esta sede de tutela bajo el principio de interpretación dado lo exteriorizado por la tutelante, decretó medida provisional, así emite orden a la EPS accionada, a fin de que autorizara y dispusiera de forma inmediata la entrega del medicamento SUNITINIB COMP X 25 MG No. 30 25 mg VO c/día, requerido por la accionante, y que fue ordenado por el médico tratante, según las pruebas aportadas en la presente actuación y conforme a la motivación que en tal sentido se dejó plasmado en el referido proveído.

V. RESPUESTAS OTORGADAS

5.1 ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES. A través apoderado judicial constituido por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica, después de hacer mención a los antecedentes de la tutela e indicar el marco normativo de la entidad (donde cita entre otro el art.66 de la Ley 1753 de 2015, Decreto 1429 de 2016, Decreto 546 de 2017 y demás que pusieron en marcha la operación del ADRES como entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social), como hacer una relación jurisprudencial de los derechos que se invocan como presuntamente vulnerados; manifestó que es función de la EPS y no de la entidad que representa, puesto que son ellos los que tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud a sus afiliados con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, por lo que la vulneración de los derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible al ADRES, situación con la cual fundamenta en su defensa, una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

Hizo una abundante exposición acerca de las funciones de las EPS conforme a las normas que las regulan e igualmente señala lo que aquellas atañe en cuanto coberturas por procedimientos, servicios, medicamentos, prestación de servicios de salud (citas médicas), entre otros; así como lo relacionado con el presupuesto

¹ Véase entre otros, el Auto No.124 de 25 de marzo de 2009 proferido por la mencionada corporación relacionado con la competencia en tutela que no es dable de confundirse con las reglas de reparto de esta clase de acciones.

máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC contenidos en la herramienta MIPRES, mostrando también como cuestión accesoria las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, todo lo cual por economía procesal, ha de tener literalmente transcrito en el presente fallo.

Al referirse al caso planteado en la acción instaurada, sostuvo, que conforme a la normatividad que expuso, se encuentra a cargo de la EPS la prestación oportuna de los servicios de salud como la obligación de garantizarlos a sus afiliados y, respecto a la facultad de recobro por los servicios no incluidos en el Plan Básico de Salud (PBS), el Juez debe abstenerse de pronunciarse, ya que la normatividad vigente acaba con dicha facultad y de concederse vía tutela, estaría generando un doble desembolso a las EPS, haciendo notar también que cualquier pretensión con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS constituye una solicitud antijurídica y dada la nueva metodología fijada en la normativa sobre ese tema. En cuanto a la solicitud de la accionante del medicamento, hizo transcripción de apartes de precedente jurisprudencial constitucional, acerca de lo que acontece con aquellos sin registro INVIMA.

Por lo argumentado, solicita NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con el ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado, refiere que resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la actora y en consecuencia se le debe DESVINCULAR de este trámite.

Adicionalmente, solicita que en las siguientes oportunidades se abstenga de vincular al ADRES, en asuntos relacionados con la prestación de servicios, en razón al cambio normativo, puesto que asevera que la EPS ya cuenta con recursos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua la prestación de servicios de salud y en todo caso, modular la decisión en caso de que se acceda al amparo solicitado para no comprometer la estabilidad del SGSSS.

5.2 E.P.S SANITAS S.A.S. Responde la tutela por conducto de la Representante Legal para Temas de Salud y Acciones de Tutela, quien manifestó a manera de antecedente, que la accionante se encuentra afiliada como cotizante activo, presentando *TUMOR MALIGNO DEL CEREBRO, EXCEPTO LÓBULOS Y VENTRÍCULOS*.

Indicó, frente a la solicitud de la accionante, que, de acuerdo a lo preceptuado en la Resolución 3512 de 2019, el medicamento Sunitinib 25MG1U, no hace parte de los contenidos en el PBS, por lo que para su cubrimiento se debe solicitar al MIPRES, el cual fue ordenado por el médico tratante y este fue devuelto por considerar que *“EL MEDICAMENTO PRESCRITO NO CUMPLE CON INDICACIONES TERAPEUTICAS DE USO APROBADAS POR INVIMA YO LISTADO UNIRS”*, entidad

que tal como lo establece la legislación vigente, es la autoridad que establece que cada medicamento tiene unas indicaciones de manejo para determinadas enfermedades y solo deben usarse en las patologías para las cuales está avalado por dicha entidad quien los avala al ser la máxima autoridad en cuanto a medicamentos a nivel nacional.

Refirió, como lo establece la legislación vigente y el INVIMA, cada medicamento tiene unas indicaciones de manejo para determinadas enfermedades y solo deben usarse en las patologías para las cuales esa entidad las avala; por lo ello, para la EPS no resulta procedente cubrir el medicamento SUNITINIB 25MG1U con recursos de la UPC, sin embargo, anotó que en cumplimiento de la medida provisional decretada, la accionada aprobó el medicamento, el cual será entregado en el domicilio de la paciente por la droguería adscrita - CRUZ VERDE.

En cuanto a las cuotas moderadoras, informó, que la accionante se *encuentra exonerado del cobro de COPAGOS y CUOTAS MODERADORAS* por presentar patologías oncológica. Así mismo, en cuanto a la pretensión de tratamiento integral, sostuvo, que, sin que se cuente con orden o prescripción médica, consideró que no se puede presumir que en el futuro la entidad vulnerará o amenazará los derechos fundamentales de la accionante, ya que esta pretensión es referente a hechos que no han ocurrido, máxime cuando no se ha negado ningún servicio ordenado y al contrario se han autorizado de acuerdo a la prescripciones médicas, por lo tanto no es procedente dicho tratamiento, lo cual expone a manera defensiva en acápite de INTEGRALIDAD DEL SGSSS. No obstante, expresa que en caso de que el Despacho decida acceder a esta pretensión, la misma sea limitada exactamente a la patología que presenta.

En cuanto a la capacidad económica del accionante, relacionó una serie de inmuebles que indica conforme a documental que soporta su dicho (según consulta de predios en la Superintendencia de Notariado y Registro), posee la accionante, solicitando así profundizar acerca del perfil socioeconómico de los familiares del grupo familiar de la accionante, conllevando a determinar que cuenta con capacidad económica para sufragar el costo médico de los procedimientos o medicamentos requeridos y a efectos de que no se vean comprometidos los recursos del sistema que indica son limitados y su utilización en casos no justificados pone en grave riesgo la salud de la población más pobre y necesitada.

Finalmente, solicitó que se ordene de manera expresa al ADRES, que reintegre a la EPS accionada el 100% de los costos del medicamento requerido, los servicios y tecnologías en salud NO POS que en virtud de la presente acción se le llegue a suministrar al accionante y a manera de conclusiones, rotula que ha realizados las gestiones necesarias para brindar todos y cada uno de los servicios médicos requeridos por la señora CARMEN YADIRA, de acuerdo a las coberturas del PBS y jamás haber tenido intensión alguna de cumplir con la obligaciones

impuestas por Ley, menos actuaciones que coloquen en riesgo los derechos fundamentales de la paciente, peticionando de forma principal que se declare que no ha existido de su parte vulneración alguna de aquellos y así se nieguen las pretensiones de la tutela y de forma subsidiaria, en el evento que se le orden suministrar el medicamento que resalta no tiene registro Invima, que la orden sea expresa y clara y se le ordene al ANDRES en un término perentorio reintegrarle el 100% de su costo .

En alcance a la respuesta otorgada, la EPS accionada manifestó al Despacho, el cumplimiento a la medida provisional decretada, ordenando la entrega del medicamento pretendido, lo cual fue informado telefónicamente el 24 de agosto del presente año, a la accionante, de quien dijo entendió y aceptó.

5.3 INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS- INVIMA. Por intermedio de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, después de realizar unas consideraciones previas consistentes en cuanto a la creación de la entidad, funciones y competencias de esta (citando marco legal que la regula, entre ellos el art.245 de la Ley 100 de 1993, Decreto 2078 de 2013), sostuvo que resulta palmaria la ausencia y responsabilidad de la presunta vulneración de los derechos invocados por la accionante, en virtud a que su misión se enfoca a garantizar la salud pública en Colombia, ejerciendo inspección, vigilancia y control como entidad sanitaria de carácter técnico y científico sobre asuntos y productos de su resorte y según ilustración que para ello realiza, para hacer notar que no es la encargada de mediar la autorización y suministro de medicamentos requeridos por el paciente.

Manifestó, que, en cuanto a los hechos de la tutela frente al estado de salud y la patología de la accionante y el tratamiento ordenado por el médico tratante, no le compete hacer pronunciamiento expreso de lo debatido, lo anterior por cuanto la competencia del INVIMA se circunscribe principalmente a otorgar el Registro Sanitario a los productos descritos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y realizar la inspección y vigilancia y control de los productos objeto de su atención.

En cuanto a las pretensiones de la accionante, manifestó, que de prosperar alguna de ellas, estas deberán ser satisfechas por la accionante. En cuanto al medicamento objeto de control constitucional - SUNITINIB 25 MG, a manera de claridad y con cuadro detalle que enseña, indicó que cuenta con registro sanitario otorgado por el instituto, sin embargo, no se encuentra aprobado para la patología que presenta la accionante, indicación que se encuentra sustentada con evidencia científica, por lo tanto, expone como posible que esta sea la razón por lo que la accionada presente la negativa en administrar el medicamento en mención y en dicho caso hace notar que en tales casos, le corresponde al médico tratante indicar las razones medico científicas para ordenar el tratamiento en el caso específico y

puntual y conforme a lo estipulado en los artículos 15, 95, 96 de la Resolución 1885 de 2018 (los que a su vez transcribe).

Frente a las demás pretensiones, la entidad expone que no le compete la formulación y administración de medicamentos, como tampoco el autorizar el pago de copagos ni mucho menos el ordenar el tratamiento médico a los pacientes, sino que son las EPS debidamente autorizadas por la Supersalud, las obligadas a garantizar la prestación de los servicios de salud a que tienen derecho los afiliados conforme a los principios que rigen el sistema y las funciones básicas que por ley registran.

Con apoyo en sus fundamentos de defensa, solicita la desvinculación del INVIMA de la acción de tutela, por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues ha quedado probado que no ha violentado derecho fundamental alguno a la accionante y siendo improcedente alguna actuación o endilgación de responsabilidad en su contra, al no existir de su parte vulneración por acción u omisión y porque en caso de prosperar alguna pretensión ha de ser satisfecha por la EPS accionada.

5.4 Los vinculados SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, como el médico de la institución a la que es adscrito y donde se allegó historial clínico de la accionante, mantuvieron conducta silente durante el término de traslado otorgado para que se pronunciaran.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El Despacho se contrae a resolver si en el caso expuesto, realmente se presenta vulneración a los derechos fundamentales invocados que reclama la accionante, ó si contrario sensu ante la argumentación defensiva que hiciere la EPS accionada con respecto a la entrega ya realizada del medicamento Sunitinib y que fue objeto de medida provisional en este trámite suprallegal, se configura la carencia de objeto por hecho superado.

Así mismo, se establecerá si es procedente conceder el tratamiento integral solicitado en las pretensiones de la tutela y lo relacionado a exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. DE LA ACCION DE TUTELA

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o*

por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto", la cual, en principio, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

7.2. DE LA FIGURA DEL HECHO SUPERADO

La máxima Corporación en la jurisdicción Constitucional en múltiples providencias ha señalado que pueden presentarse situaciones en las cuales los supuestos de hecho que daban lugar a la eventual amenaza de violación o desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales cesan, desaparecen o se superan, dejando de existir el objeto jurídico respecto del cual la autoridad judicial, en sede constitucional, debía adoptar una decisión.

Dicho fenómeno, denominado “carencia actual de objeto”, se configura en los siguientes eventos²:

*(i) **hecho superado**, se presenta cuando se satisfacen por completo las pretensiones del accionante a partir de la conducta desplegada por el agente transgresor;*

*(ii) **daño consumado**, se da en aquellas situaciones en las que se afectan de manera definitiva los derechos fundamentales antes de que el juez de tutela logre pronunciarse sobre la petición de amparo; o*

*(iii) **situación sobreviniente**, comprende los eventos en los que la vulneración de los derechos fundamentales cesó por causas diferentes a las anteriores, como cuando el resultado no tiene origen en el obrar de la entidad accionada, porque un tercero o el accionante satisficieron la pretensión objeto de la tutela, o porque el actor perdió el interés, entre otros supuestos.*

En relación a la actitud que deben adoptar los jueces de tutela cuando se presenta alguno de los anteriores supuestos, se ha indicado que si se está ante un *daño consumado*, “en estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos”³; mientras que si se trata de un *hecho superado* lo cual también puede predicarse en relación con una *situación sobreviniente*- “no es perentorio para los jueces de instancia (...)incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda”⁴.

² Sentencia T-543 de 2017.

³ Sentencia T-170 de 2009.

⁴ *Ibíd.*

Es importante diferenciar en qué momento se superaron las circunstancias que dieron fundamento a la presentación de una acción de tutela, pues dependiendo de ello pueden ser diferentes los efectos del fallo.

Si tiene lugar (i) antes de iniciado el proceso de tutela o en el transcurso del mismo, no es posible exigir de los jueces de instancia actuación diferente a declarar la carencia actual de objeto y, por tanto, habrá de confirmarse el fallo; mientras que si se da (ii) cuando se encuentra en curso el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, y de advertirse que se ha debido conceder el amparo invocado, se hace necesario revocar las sentencias de instancia y otorgar la protección solicitada, incluso así no se vaya a proferir orden alguna⁵.

Esto significa que la acción de tutela pretende evitar la vulneración de derechos fundamentales y su eficacia está atada a la posibilidad de que el juez constitucional profiera órdenes que conduzcan a evitar la vulneración inminente o irreparable de los derechos fundamentales. Al desaparecer el hecho que presuntamente conculca los derechos de un ciudadano carece de sentido que el juez constitucional profiera órdenes que no conducen a la protección de los derechos de los ciudadanos. Así, cuando el hecho vulnerador desaparece se extingue el objeto actual del pronunciamiento, haciendo inocuo un fallo de fondo del juez constitucional.

7.3. EXONERACION DE CUOTAS DE COPAGOS O CUOTAS MODERADORAS

Referente al tema de la exoneración de cuotas, el artículo 10º, literal i, de la Ley 1751 de 2015 -Estatutaria de Salud- señala que es deber “*Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago*”. Para la Corte Constitucional, una interpretación sistemática de este mandato, permite armonizar su contenido con los principios de equidad y solidaridad, de tal modo que el deber de contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos en salud, no comporta un condicionamiento del acceso al servicio según la capacidad de pago, esto es, el deber de financiar debe corresponder con la capacidad de pago y, correlativamente, el derecho a acceder al servicio no depende de la capacidad de pago.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deben asumir “*(...) pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles (...)*”, que tienen como finalidad racionalizar el uso de los servicios del sistema y complementar la financiación del plan obligatorio de salud. En la misma disposición se contempla que la exigencia de esas cuotas no puede convertirse en un obstáculo para el acceso a los servicios de salud por parte de la población más pobre y vulnerable, razón por la

⁵ Sentencia T-423 de 2017

cual se prevé que el monto de las mismas deberá ser estipulado de conformidad con la situación socioeconómica de los usuarios del Sistema.

El Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece la diferencia entre las *cuotas moderadoras* y los *copagos*, al señalar que las primeras, que se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS, al paso que los segundos, que se aplican única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.

Así mismo, dispuso el deber de aplicar copagos a todos los servicios de salud con excepción de ciertos casos particulares, dentro de los cuales se encuentran: (i) aquellos en los cuales el paciente sea diagnosticado con una enfermedad catastrófica o de alto costo y (ii) cuando el usuario se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas.

De este modo, ha dicho la Corte, que el citado acuerdo, por un lado, con 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 por otro, con los copagos aplicables a los beneficiarios, pretende que una vez se haya ordenado la práctica de algún examen o procedimiento, se realice una contribución, de conformidad con un porcentaje establecido por la autoridad competente, con la finalidad de generar otro aporte al Sistema y proteger su financiación.

En el mencionado acuerdo se regulan los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado y de conformidad con su Artículo 5º, se establecen los principios que deben respetarse para su aplicación, así: *Equidad, Información al usuario, Aplicación general, y No simultaneidad*.

Dispone el artículo 4º del acuerdo que las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante.

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 económica⁶. (subrayas fuera del texto original).

7.4. TRATAMIENTO INTEGRAL

Ahora bien, se tiene que el tratamiento integral está regulado en el Artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, 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”. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”*.

Igualmente, el mismo cuerpo normativo en su artículo 11 resalta que los niños y niñas, son sujetos de especial protección constitucional. En ese entendido, indica que el Estado deberá proteger de manera especial a dichos sujetos, así como deberá garantizarse la atención en salud sin restricciones de tipo administrativo o económico.

Al caso se cita en apoyo el criterio emitido por H. Corte Constitucional en sentencia T-406 de 2015 de rubro y texto siguiente:

“No obstante, esta Corporación ha sostenido que cuando por parte del usuario se requiere una atención integral de salud, su médico tratante debe determinar cuáles son las prestaciones que requiere con necesidad. De no poder especificarse cuáles son los servicios, le corresponde al juez constitucional determinar haciendo uso de algunos criterios para establecerlas. En tal sentido, la Corte sostuvo:

Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) 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.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del

⁶ T-402-18

juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas (...)."

7.5. DE LOS DERECHOS INVOCADOS EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL

En el sub-lite, es preciso resaltar innecesario ahondar en el tema respecto de los diversos derechos fundamentales invocados en la acción promovida, por cuanto esta Juzgadora por economía procesal y debido al trámite preferente, sumario y expedito de esta clase de acciones, no estima necesario hacer una reproducción acerca del precedente jurisprudencial que se tiene acerca de los mismos, debido a que tanto su núcleo esencial como las demás características, se encuentran ampliamente decantadas por nuestra H. Corte Constitucional y es la razón por la cual se aprecia como redundante hacer una transcripción de lo por ella pregonado en su jurisprudencia⁷.

VIII. CASO EN CONCRETO

En el asunto objeto de estudio, la accionante eleva diversas pretensiones mediante la presente acción de tutela, entre ellas como relevantes para el estudio, que la EPS accionada entregue el medicamento SUNITINIB bajo la especificidad que le fue ordenado por su médico tratante y para tratar la patología oncológica que padece. Así mismo, se le exonere del pago de cuotas moderadoras y copagos y se le brinde el 100% del tratamiento integral que requiere para el tratamiento de dicha patología.

Frente a tales pedimentos, la EPS accionada dentro de la réplica sustentada en este trámite, indicó que el medicamento solicitado le fue autorizado y entregado a la accionante, lo cual fue puesto en conocimiento por medio telefónico, lo cual la señora Carmen Sepúlveda entiende y acepta.

En cuanto a la exoneración de cuotas moderadoras y/o copagos, sostuvo la EPS entutelada, que la accionante se encuentra exenta de estos rubros por la patología oncológica que padece. Frente al tratamiento integral, indicó que se han autorizado todos los servicios requeridos por la paciente y no se han negado ningún tipo de tratamientos ni procedimientos.

Bajo las anteriores precisiones preliminares en el sub examine y con el acervo probatorio recolectado en el trámite de esta instancia, en lo que respecta al núcleo esencial de la presente acción como es la entrega del medicamento tantas veces mencionado, sin ahondar en argumentaciones o disquisiciones jurídicas, además de estimar como suficientes los temas abordados en párrafos precedentes,

⁷ La cual dada las facilidades de medios electrónicos con que se cuenta en la actualidad, su consulta podrá efectuarse en la página web -oficial de la Relatoría de la H. Corte Constitucional que la mencionada Corporación tiene a disposición de la ciudadanía.

tenemos que para el caso dejado a conocimiento de esta dependencia judicial, se avizora que durante el trámite de la presente constitucional y conforme a las defensas formuladas por la EPS aquí accionada, acreditó haber entregado la medicación pertinente y en acatamiento igualmente a la medida provisional dispuesta por esta judicatura, la cual valga destacar, fue ordenada como tratamiento por el *galeno, especialista además en medicina interna, oncología clínica y epidemiología clínica*, quien le hizo el control a la paciente con data 31.07.20 (según se soporta en los anexos allegados con la demanda) y por los hallazgos que se describen en la historia clínica allegada como prueba y donde se registra la patología de carácter catastrófico que además corroboró la EPS padece la accionante, donde se prescribe lo siguiente:

"Formulación:

1.Sunitinib COMP X 25 MG NO.30

25 mg VO c/día

2.Loperamida COMP X 2 MG NO. 90

2 mg VO después de cada episodio de diarrea (máximo 8 al día)".

Al respecto y en gracia de la discusión, se concluye que fueron dos los medicamentos prescritos a la accionante por su médico tratante y, que la queja constitucional igualmente lo fue por la no entrega de uno de aquellos, esto en virtud a la aclaración que a este trámite trajo el INVIMA, en el entendido que no adolece de su registro sino que no se halla catalogado o enlistado como para tratar la enfermedad que registra la señora Sepúlveda de Neira, por ende, no hay dubitación que es del resorte del profesional de la medicina aquella prescripción y su justificación para que se agoten procedimientos administrativos si es que ello se requiere por no estar en el Plan Básico de Salud y necesitar trámite en la herramienta o aplicativo MIPRES, asunto que sin duda comporta un aspecto administrativo sobre el cual no puede primar frente a lo que el galeno como idóneo indicó le es conveniente a la salud la accionante.

Entonces, podemos inferir que el medicamento prescrito a la actora y que aquella invocó en esta acción de amparo constitucional, es el efectivo para el tratamiento de su enfermedad, por tanto, si bien no está indicado por el INVIMA, para el tratamiento de la patología diagnosticada, cumple con los criterios plasmados por el médico tratante quien como persona apta por su especial conocimiento en medicina, puede decidir si un paciente requiere algún servicio médico, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su patología, además, por la Jurisprudencia Constitucional que hacen procedente el suministro y autorización por parte de la EPS. Además, es evidente que no basta que la EPS hubiera entregado en virtud de la medida provisional la medicación ordenada, sino que su responsabilidad se extiende a fin de hacer efectivo dicho servicio, por el termino indicado por aquel.

En ese sentido, prontamente se advierte que con el acervo probatorio recaudado en sede de tutela que con los soportes allegados en su defensa por la EPS encartada, se puede concluir de manera fehaciente que la actividad desarrollada por la accionada permite para dar por zanjado el presente asunto frente a esta pretensión (al entregar a medicación en la cantidad y para la periodicidad que fue formulada a la actora-paciente) y que la solución dada a favor de la petente-accionante, podría tenerse como un hecho superado, y por ende se superó la supuesta circunstancia que daba lugar a la vulneración de los derechos constitucionales alegados por la parte accionante, y por lo tanto, no se hace necesario que el Juez Constitucional profiera órdenes que no conducirían a la protección de ninguna garantía ya que los mismas ya fueron restablecidas.

Coralario de lo anteriormente esbozado, no puede pasar por desapercibido este estrado judicial, que, en conversación telefónica establecida con la accionante por el Oficial Mayor de esta dependencia judicial, manifestó haber recibido el medicamento SUNITINIB tal como fue ordenado (ver anexo) -constancia que hace parte del fallo) por lo tanto, podemos afirmar sin reparos que una de las pretensiones perseguidas por vía de tutela se encuentra resuelta, existiendo material suficiente para determinar no solo que la accionada atendió la solicitud de la señora Sepúlveda le interpuso, con lo que esta sede de tutela concluye que podemos hablar en estricto sentido de un HECHO SUPERADO sin pasar por alto que lo fue dado este trámite y que en todo caso no es dable abarcar amparo por futuras y posibles medicaciones dado que ello solo corresponderá evaluar al galeno en oportunidad.

Ahora bien, frente a los “costos” lo que entiende el Despacho como la cuota moderadora, rubro que como cotizante la accionante debe sufragar dado que pertenece al régimen contributivo, tenemos que la EPS demostró o por lo menos refuto lo concerniente a incapacidad económica, al indicar que la accionante cuenta con medios económicos para efectuar dichos pagos, siendo necesario precisar además que aquella informó que por padecer la accionante de una patología oncológica frente a ella se encuentra exonerada, por lo cual, es viable concretar que aunque las disposiciones que prevén el cobro de dichas recaudaciones son necesarios para la sustentación del sistema y están avaladas por la ley, existe una tensión subyacente entre el equilibrio financiero del sistema y el ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, este dilema deberá, en todo caso, zanjarse a favor de estos últimos, bajo el entendido que la misma norma y jurisprudencia establece la exención de dichos pagos cuando el paciente padezca de enfermedades de alto costo o catastróficas o huérfanas⁸, como es el “Cáncer”,

⁸ Para ampliar sobre lo pregonado por la máxima corporación en la jurisdicción frente al tema, puede consultarse la T-402 de 2018, Mag. P. Dra. Diana Fajardo Rivera, donde se enseña: “ La Corte afirmó que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el 8Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo, en las que se incluyen las enfermedades denominadas huérfanas, adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado ”.

situación en la que se encausa la accionante al tener establecido que el tratamiento en el que se encuentra es “oncológico”.

Por lo anterior, debe establecerse que únicamente dichos pagos se exoneran siempre y cuando sean consecuencia de la patología que presenta en esta acción constitucional y que conforme lo referido en párrafo precedente se tiene que la accionante goza de exoneración para la patología aquí estudiada, o cuando se presenten enfermedades catastróficas o de alto costo o que se encausen, por una evidente dificultad de soportarse, o que no pueda sufragarse de manera inmediata, tal como fue descrita en la jurisprudencia arriba mencionada, por lo cual a no dudarlo, no hay asidero para acogerse pretensión elevada en cuanto a dicho rubro.

Finalmente, frente al tratamiento integral solicitado, se colige que la EPS accionada ha brindado los servicios de salud que requiere la señora Sepúlveda para tratar su patología, advierte el Despacho que no resulta viable emitir una orden indeterminada respecto a dichos servicios médicos que no han sido prescritos por el médico tratante y que, por ende, no han sido negados por la empresa promotora de salud. Sin embargo, esto no es impedimento para que la entidad SANITAS EPS, brinde una debida y oportuna atención a la paciente a medida que su médico tratante así lo considere sin dilación y/o retardo alguno y, si es que existe controversia frente a lo que aquel prescribe, entonces habrá de someter a su afiliada a un comité técnico científico para brindar otras alternativas, pero que en todo caso propenda por una atención oportuna y con calidad, no obstante, en el caso sub examine no se advierte negligencia alguna en tal sentido de parte de la EPS accionada,.

Corolario de lo anterior, se traduce acorde con lo informado por la EPS accionada de los diversos servicios brindados de su parte a la paciente-accionante, que no se trata en sí de una negativa sino que ocurrió una mora o dilación de brindar en términos de oportunidad y eficiencia los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes a la paciente (en el caso de marras un medicamento), lo cual en efecto no es excusable bajo ningún punto de vista ni siquiera por aspecto administrativos que aquella haya de agotar, ya que no es suficientes que los servicios en salud se autoricen o se intenten gestiones para otorgarlos, dado que las EPS tienen el deber es de **garantizarlos** a través de sus red prestadora y, por ello les está vedado negar o dilatar la asistencia del personal médico y el suministro de servicios de salud, suficientes argumentos para hacerle ver a la la accionada E.P.S. que habrá atender a sus afiliados con la oportunidad debida para evitar que se congestione el aparato judicial con acciones de tutela similares a la aquí estudiada y que en todo caso, en lo que aquella concierne por eventos NO POS o no incluidos en PBS, tendrá que agotar los trámites administrativos correspondientes conforme al ordenamiento jurídico del Estado Social de Derecho para eventos en que requiera efectuar recobros, en la medida que lo relativo a la

orden de recobros ante el FOSYGA⁹, tenemos que tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional¹⁰ no puede supeditarse la prestación de un servicio tan esencial como lo es la salud, al recobro de los gastos en que incurra la Entidad Promotora de Salud, dado que tal situación afectaría gravemente tal derecho fundamental, por lo que tal pedimento de la EPS para enfermedad de alto costo como la que padece la accionante, resulta abiertamente improcedente elevarla por esta especial vía como lo hizo y por lo cual en este fallo aun cuando se negarán las pretensiones de la accionante, es conveniente INSTAR a la EPS para que evite poner trabas administrativa a sus afiliados en los servicios de salud que ha de dispensarle.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Tres (43) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela formulado por CARMEN YADIRA SEPULVEDA DE NEIRA, toda vez que se configuro frente a su pretensión de entrega de medicamento “SUNITINIB” un HECHO SUPERADO, conforme a las razones esbozadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR el amparo de las demás pretensiones formuladas por la accionante, al acreditarse por la EPS accionada que se encuentra exonerada de cuotas moderadores frente a la patología que registra, refutó su capacidad económica y tornarse improcedente el tratamiento integral pedido, por lo analizado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a los intervinientes en la forma más expedita, de conformidad *con lo establecido en el artículo 30 del decreto 2591/91.*

CUARTO: INSTAR sin perjuicio de la determinación antes adoptada, a la EPS SANIATAS S.A.S, para que en lo sucesivo, actúe y despliegue actividad conforme a sus deberes legales, de tal forma que evite que sus afiliados deban acudir a la acción de tutela para obtener la dispensación de servicios de salud como en el caso sub lite y en su lugar los brinden en oportunidad debida y bajo los principios que rigen el SGSSS.

⁹ Fondo de Solidaridad y Garantía.

¹⁰ Cfr. Sentencia T-760 de 2008.

QUINTO: INDICAR a los extremos de la acción, que contra la presente providencia procede la impugnación ante el Superior, en los términos previstos en el artículo 31 *ibídem*.

SEXTO: REMITIR por Secretaría en su oportunidad el expediente a la H. Corte Constitucional, a efectos de su eventual revisión, y, en el evento en que no sea impugnado este fallo (Arts.32 y 33 *ejusdem*).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


RUTH MARGARITA MIRANDA PALENCIA
JUEZ

 Documento con Firmado

Ds /+*Rm
-

Firmado Por:

RUTH MARGARITA MIRANDA PALENCIA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 061 CIVIL MUNICIPAL DE 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:

3bcff8053985feaa8d50197826c0092752d575027eba7536c73a269fa846516c

Documento generado en 31/08/2020 05:56:54 p.m.