



JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D C, quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 11001-40-03-019-2021-00241-00
PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CAMPO ELIAS AVILA
ACCIONADO: EPS FAMISANAR
ASUNTO: FALLO DE TUTELA.

I. ASUNTO POR TRATAR

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, decide este Juzgado, la acción de tutela que, en protección de sus garantías constitucionales presentó el señor CAMPO ELIAS AVILA en representación de su hija INGRID TATIANA AVILA VALENCIA en contra de la EPS FAMISANAR.

II. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

A. Pretensión:

El accionante solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital de su hija, que considera vulnerados por la entidad convocada.

En consecuencia, pretende se conceda la exoneración de copagos y cuotas moderadoras para tratamiento constante que la joven requiere, al tratarse de una persona en condición de vulnerabilidad por su condición de discapacidad y por consiguiente se ordene a la accionada hacer efectivo esta exoneración. Asimismo, se brinde el “*tratamiento integral, oportuno, inmediato, eficaz y gratuito y expedir las autorizaciones y citas médicas respectivas para la práctica de exámenes y tratamientos médicos, junto a la atención médica, hospitalaria y farmacéutica necesaria de acuerdo a su historial clínico en un lapso de tiempo acorde a los requerimientos médicos de mi hija*”.

B. Hechos:

Afirmó para sustentar su solicitud de amparo que:

1. Su hija presenta un “*diagnóstico de retraso mental y síndrome de Down*”, caracterizada con un grado de discapacidad del 58.20% y debido al tratamiento continuo por la enfermedad que padece requiere de atención preferencial, sin embargo no se ha tenido en cuenta, dado que al solicitar las citas médicas éstas son programadas para fechas lejanas.
2. Además en anteriores tratamientos médicos realizados a su hija se encontraba con el beneficio de exoneración por discapacidad de los copagos y cuotas moderadoras, pero por el tratamiento de *-apnea del sueño-* la

entidad accionada le indicó que por su patrimonio debía asumir los costos indicados, los cuales ha sido imposible sufragarlos dado que el valor del tratamiento se ha incrementado (\$100.000 y \$180.000) y con el salario devengado, esto es \$1'000.000,00 no le alcanza sino para el sustento de su núcleo familiar.

III. PROBLEMA JURIDICO:

En esta oportunidad el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si hay lugar a proteger el derecho de salud de la señora Ingrid Tatiana Ávila Valencia, en el sentido de ordenar que, se le exonere de copagos por «*el tratamiento de -apnea del sueño-*» que requiere y se le otorgue el tratamiento integral.

III. ACTUACIÓN SURTIDA

1.- Recepcionada la presente queja a través de la oficina de reparto, por auto de 5 de abril del año en curso, se dispuso su admisión y se encontró necesario la vinculación de la Superintendencia Nacional de Salud, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, Junta Regional de Calificación de Invalidez y la Universidad Libre de Colombia.

2.- LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que no le asiste ninguna responsabilidad u obligación alguna con la agenciada, por cuanto los derechos presuntamente vulnerados, no se derivan en una conducta por acción u omisión atribuida a la entidad, pues las EPS como aseguradores en salud son las responsables de la calidad, oportunidad y eficiencia de la prestación de los servicios de salud. Sin embargo, frente a la exoneración al pago de las cuotas moderadoras y copagos indicó que es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelarlos, los cuales se aplicarán para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. Expresó que de manera alguna los pagos moderadores no pueden convertirse en barreras de acceso a los servicios, ni ser utilizado para discriminar a la población, por tal razón, solicitó su desvinculación.

3- LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ informó que: “... se emitió Dictamen No 1233907913-3718 el 25 de mayo de 2018 mediante el cual se calificaron los diagnósticos *apnea del sueño, hipotiroidismo y síndrome de down, de origen enfermedad común, con una pérdida de capacidad laboral de 80.59% y Fecha de Estructuración 9 de junio de 1999.* Respecto a las pretensiones de la acción no realizó pronunciamiento alguno, dado que las circunstancias son ajenas a la competencia de la entidad, por lo que solicitó la desvinculación ante la ausencia de vulneración de los derechos invocados.

4.- La EPS FAMISANAR SAS adujo que la accionante se encuentra afiliada al Régimen Contributivo como beneficiaria con estado activo. Frente a las pretensiones, indicó que no se aportó prueba alguna que acreditara la falta de capacidad económica y dado el régimen en que se encuentra afiliado el

progenitor, se presume que cuenta con la capacidad económica para contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Acotó que la promotora “*se encuentra EXONERADA PARA LOS DIAGNOSTICOS F799 RETRASO MENTAL - Q909 SINDROME DE DOWN...*” en atención de las normas que rigen SGSSS, no obstante la inconformidad radica en la falta de exoneración de los demás servicios, lo cual va en contravía de las normas legales vigentes y el principio de igualdad, al punto que es deber de todos los afiliados contribuir financieramente al sistema de salud para la sostenibilidad del mismo.

Expresó que esta exoneración se torna improcedente por cuanto las patologías padecidas por la accionante, no son aquellas que se denominan técnicamente como enfermedades catastróficas o de alto costo, ni tampoco se ubica en las categorías de afiliación del IBC y calificación del Sisben, contrario al caso del accionante quien presenta una afiliación activa en el régimen contributivo de categoría A en esa entidad.

En torno al tratamiento integral solicitado argumentó que en el escrito constitucional no se hizo alusión a la negación del servicio de salud por parte de la accionada, por el contrario se ha brindado todos los servicios médicos requeridos por la accionante y ordenados por su médico tratante.

Finalmente, manifestó que la pretensión del accionante es netamente económica y la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamaciones de contenido económico y menos cuando no cumple los presupuestos fácticos necesarios que permitan inferir que hubo afectación al mínimo vital, por lo tanto solicitó la improcedencia del amparo.

4.- La UNIVERSIDAD LIBRE informó que el padre de la accionante se encuentra vinculado mediante contrato a término indefinido desde el 8 de junio de 2010 y como empleador ha cumplido sus obligaciones legales de aportes al Sistema de Seguridad Social, por lo demás, indicó que no le es dado a la institución en razón de la competencia conceptuar sobre la acción u omisión de los derechos vulnerados o amenazados por parte de la accionada, por lo tanto solicitó su desvinculación.

5.- LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, expresó la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la prestación de los servicios de salud recae sobre la EPS y no de esa entidad. Enfatizó, en la obligación que tienen las EPS de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud a sus afiliados.

Frente a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras indicó que no es procedente, toda vez que estos recursos contribuyen al financiamiento del sistema. Al respecto el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Circular 016 de 2014, *«a través de la cual instó a las EPS a dar estricto cumplimiento a los Acuerdos 260 de 2004 y 365 de 2007 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, “así como las disposiciones legales expedidas con posterioridad a estos acuerdos, que exceptúan de manera concurrente del pago de cuotas moderadoras y copagos (...)” a determinados*

grupos de población, entre los que se destacan **Las personas con discapacidad mental**, los beneficiarios de la Ley 1388 de 2010, las personas mayores de edad, en relación con la práctica de la vasectomía o ligadura de trompas (Ley 1412 de 2010, artículos 2 y 3), los niños, niñas y adolescentes de SISBÉN 1 y 2, con discapacidades físicas, sensoriales y cognitivas, enfermedades catastróficas y ruinosas que sean certificadas por el médico tratante, respecto a los servicios y medicamentos de la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios, entre otros». (Se resalta).

Por consiguiente, informó que si la accionante no se encuentra dentro de las situaciones descritas, se solicita no acceder a la exoneración, pues dichas contribuciones sirven para financiar el sistema de salud, necesarias para garantizar los recursos suficientes a los distintos componentes del sector salud.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los hechos dispuestos en el escrito de tutela, el problema jurídico se circunscribe a determinar si la accionada, vulneró los derechos fundamentales de la accionante al no adelantar todas las gestiones pertinentes para la exoneración de las cuotas moderadoras y/o copagos, al tratarse de una persona sujeto de especial protección constitucional.

V. CONSIDERACIONES

1. Expuesto lo anterior se advierte que esta sede es competente para decidir la presente acción de tutela, conforme a lo previsto en el artículo el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, en virtud del cual se expidió el “*decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho*”.

2. La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades o de un particular, que preste “*un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado subordinación o indefensión*”, y no se cuente con otro mecanismo judicial para su salvaguarda.

3. No obstante, no debe desconocerse el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, ya que el sistema judicial prevé diversos mecanismos ordinarios de defensa a los que pueden acudir las personas para la protección de sus derechos, en este sentido, el juez de constitucional debe observar, con estrictez, cada caso concreto la existencia o no de otro medio judicial que sea idóneo para proteger el derecho amenazado y verificar que se reúna, entre otros, el requisito de subsidiariedad, según el cual “*la acción constitucional es improcedente, ‘si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional’*, pues los medios de control ordinarios son verdaderas herramientas de protección dispuestas en el ordenamiento

jurídico, a los cuales debe acudir oportunamente si no se pretende evitar algún perjuicio irremediable” (Sent. T-480 de 2014).

Frente al reconocimiento de prestaciones económicas en materia de salud, se advierte que, en principio, el juez de tutela no es la autoridad competente para dirimir dichas controversias. Empero, de manera excepcional podrá conocer del asunto si se cumplen ciertos requisitos, por lo que deberá analizar las condiciones particulares de cada persona y, en el análisis de procedibilidad, aunque no sea necesario probar la conexidad con otros derechos de carácter fundamental –como la vida o el mínimo vital– para su estudio, “sí es imperativo considerar si, en el caso concreto, existe otro medio de defensa judicial efectivo para amparar las garantías básicas puestas en peligro, exigencia que responde al carácter subsidiario de la acción de amparo constitucional” dependiendo del examen de las particulares circunstancias en que se encuentre el accionante en cada caso concreto (C. Const. Sent. T-594/07).

4.- Ahora bien, sobre la garantía al derecho a la salud, es preciso señalar que en la Ley 1751 de 2015 se dispuso que es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende el acceso a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción (art. 2, ib.), tal como ha sido señalado reiteradamente por la jurisprudencia constitucional, según la cual *“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, [en especial] cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad [y] quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer”* (C. Const. Sent. T-062/17).

Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar 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 al paciente, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud”* (C. Const. Sent. T-384/13).

Además, la garantía del derecho fundamental a la salud se concreta en la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral, que incluya la promoción, prevención, paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Es así, como en los artículos 1° y 2° de la Ley 1751 de 2015 se dispuso que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción, lo que implica *“la*

provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos” (lit. i, art. 10 ib).

De otro lado, recuérdese que de conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud son las llamadas a garantizar la asistencia médica de sus afiliados, de manera directa o indirecta, a través de las instituciones que contratan, dado que los convenios suscritos con las IPS tienen la finalidad de suministrar todos los servicios de salud que requieran los pacientes. Su deber no se limita a autorizarlos en aquellas, sino también a garantizar que se presten oportunamente los servicios que fueron aprobados.

En ese sentido, la prestación del servicio debe darse de inmediato, sin que el afiliado se vea afectado por los trámites administrativos que le correspondan a las entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que puedan poner en peligro su salud y su vida.

5. De igual forma, en el ordenamiento jurídico existe un amplio desarrollo normativo encaminado a la protección de los derechos de menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas como sida o cáncer entre otras patologías, que la atención integral en materia de salud debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, sobre lo cual ha señalado el alto tribunal de lo constitucional que *«De igual manera, se considera pertinente resaltar que, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de este Tribunal, cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos que merecen una especial protección constitucional, como es el caso de (...) personas con discapacidad física (...) la atención integral en materia de salud debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud»* (Sentencia T-053-2009).

6. Aunado a lo anterior, respecto de las cuotas moderadoras y/o copagos la jurisprudencia del alto tribunal constitucional precisó: *“si bien bajo los anteriores supuestos, los pagos moderadores resultan ajustados a la Constitución, lo cierto es que todo sujeto tiene derecho a acceder a los servicios, aún más cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad y existe una alta probabilidad de que carezcan de recursos económicos para pertenecer al sistema, por tanto, dichos pagos no se pueden convertir en un obstáculo que impida a las personas el acceso a los servicios que requieren y no es permitido condicionar su prestación a la cancelación de los mismos* (Sent. T-638-15).

Concretamente frente a las personas con discapacidad mental la Corte Constitucional, señaló en la Sentencia T-478-2019 que: *«Como se dijo en precedencia, la Ley 1306 de 2009, dispuso que las personas con discapacidad mental tienen derecho a los servicios de salud, incluidos los relacionados con la salud sexual y reproductiva, de manera gratuita.*

Lo anterior fue reiterado por la Circular 16 de 2014, proferida por la Ministerio de Salud y Protección Social mediante al cual, instó a las Entidades Promotoras de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado a dar estricto cumplimiento a los acuerdos número 260 de 2004 y 365 de 2007 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en lo pertinente, así como a las disposiciones legales expedidas con posterioridad a estos acuerdos, que exceptúan, de manera concurrente, del pago de cuotas moderadoras y copagos, entre otros grupos de la población, a las personas con discapacidad mental».

7. Conforme a las anteriores precisiones, descendiendo al caso objeto de estudio, revisados los medios de convicción obrantes en el plenario se advierte que la joven Ingrid Tatiana Avila Valencia se encuentra afiliada a la E.P.S Famisanar a través del régimen contributivo (como beneficiaria de su padre), quien presenta un diagnóstico de “RETRASO MENTAL y SINDROME DE DOWN” con una pérdida de capacidad laboral según el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 80.59%. Además le fue diagnosticado “*apnea del sueño*, encontrándose en tratamiento continuo para la enfermedad que padece.

Ahora bien, básicamente las exigencias la acción constitucional se centran en que la EPS FAMISANAR cubra el 100% de los copagos y cuotas moderadoras con ocasión de la patología que padece la agenciada al igual que se conceda el tratamiento integral.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 187 de la ley 100 de 1993 prevé que las personas que estén afiliadas y **beneficiarias** del SGSSS se encuentran sujetas a pagos moderadores, sin embargo el Alto Tribunal Constitucional ha expuesto: “...para evitar que el cobro de copagos se convierta en una limitación en la cobertura del derecho a la salud, este Tribunal ha considerado que hay lugar a la exoneración del cobro de los “pagos moderadores”, en los casos en los cuales se acredite la afectación o amenaza de algún derecho fundamental. Sobre el particular, la jurisprudencia ha fijado dos reglas que el operador judicial debe tener en cuenta para eximir el cobro de cuotas: **[1]** Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor **[2]** Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio.”¹

Con base en lo anterior, se encuentra demostrado que el progenitor de Ingrid Tatiana es una persona que no posee los recursos suficientes para sostener las necesidades propias y las del núcleo familiar, sumado a que su esposa se encuentra incapacitada para trabajar.

¹ Sentencia T-115 de 2016.

Y es que si bien se encuentra afiliado al régimen contributivo en salud, lo cierto es que el salario que devenga no alcanza a cubrir los elevados costos del tratamiento médico que requiere su hija, respecto de la patología “*apnea del sueño*”, por lo que es claro que deberá eximirse de la obligación de realizar el aporte de copagos y cuotas moderadoras, situación encuentra resguardo en sede de tutela, por tanto se amparará esta prerrogativa.

Finalmente, en cuanto a ordenar el tratamiento integral, nótese que el accionante no demostró siquiera sumariamente que la EPS FAMISANAR se hubiera negado a prestarle el servicio, además que el diagnóstico de la agenciada no está constituido como una enfermedad degenerativa, así pues, no le es dable al juez de tutela ordenar procedimiento y/o servicios futuros sin que se hubiese probado la negligencia o mala fe de la Entidad Promotora de Salud², de manera que el acceso a esta pretensión desbordaría el alcance de la acción de tutela, pues se trata de una protección de derechos a futuro, por lo que impone negar el amparo.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER PARCIALMENTE la tutela respecto de los derechos fundamentales a la salud, vida digna de Ingrid Tatiana Ávila Valencia, en la forma atrás memorada.

SEGUNDO: EXONERAR a la paciente **INGRID TATIANA AVILA VALENCIA** del pago de cuotas moderadoras y copagos en un 100%, respecto de los tratamientos de la patología – *Apnea del sueño*–.

TERCERO: En consecuencia, se **ORDENA** a FAMISANAR EPS que en adelante se abstenga de realizar el cobro de copagos y/o cuotas moderadoras a la usuaria por los servicios de salud que requiera para el manejo de la patología – *Apnea del sueño*–.

TERCERO: Negar el tratamiento integral de conformidad con lo expuesto.

CUARTO: Desvincular a la Superintendencia Nacional de Salud y Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la Universidad Libre.

QUINTO: NOTIFICAR a los extremos procesales la presente determinación por el medio más expedito.

² Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 2018

SEXTO: REMITIR las actuaciones a la Corte Constitucional para la eventual revisión, en caso de no ser impugnada.

Notifíquese y Cúmplase,



IRIS MILDRED GUTIÉRREZ
Juez