

JUZGADO VEINTISIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C. Agosto dieciséis de dos mil veintidós.

Ref: tutela No. 2022-00628-01 de YESICA VIVIANA PACHÓN RODRÍGUEZ COMO AGENTE OFICIOSA DE DANNA VALERIA MARÍN PACHÓN CONTRA FAMISANAR E.P.S.

Segunda instancia.

Se procede por el Despacho a decidir sobre la impugnación formulada por el accionado contra la decisión del Juzgado 3º. Civil Municipal de esta ciudad, de fecha 18 de julio de 2022.

ANTECEDENTES :

LA ACCION Y EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOCADO

La señora YESICA VIVIANA PACHON RODRIGUEZ en representación de DANNA VALERIA MARIN PACHON actuando en causa propia, acude a esta judicatura para que le sean tutelados los derechos fundamentales de la menor a la vida, a la salud y a la seguridad social.

La tutela se fundamenta en hechos que se sintetizan, así: que se encuentra afiliada a FAMISANAR EPS-S, y su hija beneficiaria, el médico de la IPS FUNDACION MISERICORDIA , tratante dr NELSON HERNANDO APONTE BARRIOS, especialista ONCO-HEMATOLOGIA PEDIATRICA, con registro No. 80001702, le diagnostica:..."HISTOCITOSIS MULTISISTEMICA POLIOSTOTICA", para lo cual le autorizó el medicamento por MIPRES No. 20220623143033521200 de fecha junio 23 de 2022, el medicamento:..."CLADRIBINA 10MG/1U TABLETAS DE LIBERACION NO MODIFICADA, en 5,4miligrmos, diaria durante (5) días, en cantidad de (5) tabletas/vial....".

Señala que a pesar de estar autorizado por el médico tratante la accionada FAMISANAR EPS, se niega entregarla por...."AL INDICACION DEL USO DEL MEDICAMENTO NO ESTA APRBADO POR EL INVIMA", de fecha junio 30 de 2022. Al negar la entrega del medicamento no solo está sino también sentenciando a muerte a su hija menor de edad, dado que su excusa es que el INVIMA no tiene autorizado el registro en Colombia, y al ser el único medicamentos eficaz para el tratamiento de su patología, y no proveerlo, se configura una OMISIÓN y NEGLIGENCIA, que la conduciría a la exacerbación de sus patologías y la disminución de sus funciones vitales hasta perder la vida.

Dice que se dirigió a la EPS FAMISANAR para preguntar el motivo del rechazo y el funcionario le dijo que no podían hacer nada, porque no tenía registro INVIMA, y sin eso era imposible entregarlo. De esa manera FAMISANAR EPS, está vulnerando los derechos fundamentales y arriesgando la salud y la vida, de su agenciada, pues los copagos impiden el acceso a la salud, en los tratamientos, medicamentos, procedimientos médicos, y ayudas médicas que son de carácter urgente que realicen y están autorizados por los médicos tratantes.

Solicita que a través de este mecanismo se tutelen los derechos fundamentales a la calidad de vida, seguridad social y la vida misma, del menor de edad DANNA VALERIA MARIN PACHON, vulnerados por parte de LA EPS FAMISANAR. Que se ordene a la accionada EPS FAMISANAR, autorizar y entregar el medicamento:... "CLADRIBINA 10MG/1U TABLETAS DE LIBERACION NO MODIFICADA, en 5,4miligrmos, diaria durante (5) días, en cantidad de (5) tabletas/vial...". De igual forma, los tratamientos médicos, los procedimientos, medicamentos y ayudas médicas, que se deben realizar como el TRATAMIENTO INTEGRAL, dadas sus patologías catastróficas, que deben ser prioritaria o de vital urgencia para impedir que sus patologías médicas se exacerben y lesionen sus funciones vitales. Ordenar a la EPS FAMISANAR exonerar de pagos, copagos y cuotas moderadora. TERCERO: CONMINAR a la EPS FAMISANAR, para que no sigan vulnerando los derechos fundamentales de DANNA VALERIA MARIN PACHON, interponiendo barreras y obstáculos y no siguiendo el debido proceso, y que le permiten el acceso a los servicios que presta.

TRAMITE PROCESAL

Por auto de julio 6 de 2022 el Juzgado 3º. Civil Municipal admitió la acción de tutela requiriendo a la accionada para que en el

término de dos días se pronunciara sobre los hechos y circunstancias que motivaron la acción constitucional y dispuso la vinculación de la IPS Fundación Hospital de la Misericordia, médico tratante Nelson Hernando Aponte Barrios, Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -Invima-, Secretaría Distrital de Salud, ADRES y Superintendencia de Salud.

La parte accionada dio respuesta así:

SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD

Dice que acreditada la orden del médico tratante se pueden despachar favorablemente las pretensiones de la acción. Que al observar el Mipres la Eps accionada debe hacer entrega del medicamento ordenado sin dilación alguna.

Que de conformidad a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 la integralidad de los servicios y tecnologías que cuenten con orden del médico tratante deberán ser suministrados a la usuaria con el fin de prevenir, paliar o curar la enfermedad con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud y por lo tanto no puede haber negación en la prestación de los servicios por parte de la Eps Famisanar.

Que la entidad prestadora del servicio tiene la obligación de continuar garantizando la continuidad en la prestación del servicio y dar curso a los tratamientos requeridos por la paciente.

Indica que los servicios no incluidos en el PBS deberán ser autorizados mediante formato Mipres y Famisanar está obligada a garantizarlos de manera oportuna en forma continua y sin dilaciones.

Solicita se le desvincule.

ADRES

Señala que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la Entidad.

Indica que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en

ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Dice que respecto de cualquier pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, no puede olvidarse que la misma constituye una solicitud antijurídica, puesto que a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos.

Por lo anterior, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios, de la misma forma cómo funciona la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Lo anterior significa que ADRES ya transfirió a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos y asegurar la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

FAMISANAR EPS

Indica en su respuesta que el medicamento CLADRIBINA 10MG/1U TABLETAS DE LIBERACION NO MODIFICADA, EN 5,4 MILIGRAMOS, solicitado, no cuenta con indicaciones Invima para su entrega ya que es un medicamento normalmente utilizado para el diagnóstico para esclerosis múltiple y no para la enfermedad del etterer-siwe que padece la menor, por lo cual fue devuelto por el área de CTC como se puede evidenciar en el siguiente pantallazo del sistema de salud: Que la IPS ordena un medicamento que no tiene registro INVIMA, por lo que la IPS que lo ordenó el medicamento debe hacer la solicitud al Ministerio para que lo incluya como Vital No disponible o revisen si existe un laboratorio que lo presente al INVIMA.

El suministro del medicamento denominado CLADRIBINA 10MG/1U TABLETAS DE LIBERACION NO MODIFICADA, EN 5,4 MILIGRAMOS no resulta factible por no estar incluido en el listado emitido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. No es posible autorizarlos en este momento el suministro los medicamentos en cuestión, ya que no cuenta con registro INVIMA, por lo que no cumple con los requisitos legales para el efecto, específicamente, por ausencia de registro vigente en INVIMA, y su suministro resulta contrario a lo dispuesto en el literal b del art. 6° de la Resolución 3099 de 2008 y artículo 36 y 37 de la Resolución 2292 de 2021.

FUNDACION HOMI

Indica que Danna es una paciente femenina de 4 años con antecedente de histiocitosis multisistémica poliostótica sin compromiso de órganos de riesgo pero lesión en sitio especial (hueso de la base del cráneo-maxilar) diagnóstico en marzo de 2021, termina tratamiento el 24/3/2022 y en imágenes de fin de tratamiento se evidencio lesión residual en antromaxilar; antes de la última dosis de vinblastina presentó lesión ulcerada en mucosa oral y aparición de nuevas lesiones (2 mucosa oral y 1 en cuero cabelludo) 8/4/2022 por lo cual se ingresó a hospitalización del 25-27/4/22 para bx de lesión cuero cabelludo.

Que el reporte de patología confirma recaída de histiocitosis de cel langerhans (3/5/22). Se realizaron nuevamente estudios de extensión con rx de torax/ecografía abdominal/rnm cerebral sin alteraciones/ rx de huesos largos normales, hemograma sin citopenias, función renal conservada, ionograma normal, transaminasas normales, ácido úrico normal y ldh normal

Señala que se comentó en junta de oncología 16/06/2022 se considera que la única alternativa adecuada para la condición actual de la paciente es manejo con cladribine por lo que se requiere inicio urgente de este tratamiento, se hace la solicitud, se explica a la mama. Corolario a lo anterior y a que se le prestaron todos los tratamientos permitidos por INVIMA y UNIRS se realiza junta médica de hematooncología y se decide como único medio posible iniciar el protocolo de recaída basado en cladribine, debido al alto riesgo de estado y tipo de la histiocitosis que padece la menor. Por lo tanto el Equipo Médico de Oncohematología Pediátrica tratante considerando la patología y el conocimiento de respuesta que se tiene ante la misma prescribió el medicamento CLADRIBINE como parte del tratamiento necesario para salvaguardar la vida de la menor.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Señala que Frente a la vinculación de La Superintendencia Nacional de Salud, al trámite de acción de tutela de la referencia, es preciso indicar que resulta improcedente, lo anterior teniendo en cuenta que, una vez analizada la presente acción de tutela y las manifestaciones realizadas por la parte accionante en el escrito de tutela, se evidencia que el accionante, pretende que se le entregue el medicamento requerido.

Que hay inexistencia de un nexo de causalidad entre la presunta violación de derechos fundamentales invocados por la parte ACCIONANTE Y LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

El Juzgado 3º. Civil Municipal, mediante sentencia de julio 18 de 2022, concedió el amparo solicitado y contra dicho fallo impugno la accionada Famisanar Eps.

CONSIDERACIONES:

De la Acción:

Respecto de la acción ejercida por el perjudicado el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagra que: 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 a 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.

Lo arriba anotado significa, que la acción de tutela tiene como finalidad proteger exclusivamente derechos constitucionales fundamentales. Por tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que solo tienen rango legal, ni para hacer cumplir leyes, decretos, actos administrativos o normas de origen inferior. La Corte Constitucional tiene establecido, que éste amparo no es un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico en vigor.

Del caso Concreto:

Concurre a esta judicatura la señora YESICA VIVIANA PACHON RODRIGUEZ en representación de DANNA VALERIA

MARIN PACHON para solicitar se le amparen los derechos fundamentales indicados y se ordene la autorización y entrega del medicamento denominado :CLADRIBINA 10MG/1U TABLETAS DE LIBERACION NO MODIFICADA, en 5,4miligrmos. Como también solicita se ordene el tratamiento integral.

Procedencia de la acción de tutela

Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Así mismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando “*el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa*”. En la misma norma, se establece que la legitimación por activa para presentar la tutela se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de representantes (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) utilizando la figura jurídica de la agencia oficiosa.

En el presente caso se encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa toda vez que la tutela la presenta la señora YESICA VIVIANA PACHON RODRIGUEZ en representación de su menor hija DANNA VALERIA MARIN PACHON.

Legitimación por pasiva

La legitimación por pasiva en la acción de tutela se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, a efectos de que sea llamada a responder por la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales. En este caso la parte accionada es FAMISANAR EPS.

Inmediatez

Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de sus derechos fundamentales, cumpliéndose en este caso dicho requisito.

Subsidiariedad

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Con respecto a los derechos fundamentales indicados como vulnerados, La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política establece que la salud, a favor de todos los habitantes del territorio Nacional, es un derecho y un servicio público. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Se ha sostenido igualmente, que el mencionado derecho a la salud no puede protegerse *prima facie* por vía de tutela, pues su garantía implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. De otro lado, es necesario determinar las prestaciones que definen el contenido del derecho a la salud, pues al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, éste tiene la estructura normativa de principio y, en esa medida, las condiciones de aplicación de la obligación constitucional de garantizar el servicio de salud a los colombianos, deben ser concretadas en prestaciones específicas, que hagan efectiva su exigibilidad ante el juez.

Las disposiciones legales y administrativas que regulan el régimen de seguridad social en salud, establecen las obligaciones que recaen en cabeza de las entidades prestadoras de salud, a través de los manuales de procedimientos, tratamientos y medicamentos previstos en el Plan Obligatorio de Salud, señalando algunas restricciones o exclusiones de los servicios de salud, que buscan la viabilidad financiera del sistema.

Con respecto al derecho a la SEGURIDAD SOCIAL, el artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas “en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. Para la alta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a

generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.

Sobre el tratamiento integral al que el accionante tiene derecho tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante. Entre las circunstancias en las que procede su reconocimiento se encuentra cuando el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional, como en el presente caso que se trata de un menor de edad.

Teniendo en cuenta lo pedido en tutela, las respuestas dadas, el fallo que en vía de impugnación se ha estudiado debe confirmarse, ya que se trata de un sujeto de especial protección menor de edad, con una patología catastrófica que la afecta, y en virtud, que el medicamento no está incluido en el PBS Famisanar está obligada a garantizarlos de manera oportuna en forma continua y sin dilaciones, toda vez que el mismo fue autorizado a través del MIPRES por lo que es deber de la Eps Famisanar suministrarlo tal como lo indicó la Secretaría de Salud sin dilaciones, y teniendo en cuenta lo prescrito en la Ley Estatutaria de la Salud 1751 de 2015.

En cuanto a lo manifestado en el escrito de impugnación se debe tener en cuenta que el tratamiento integral se autoriza en virtud, que se trata de una patología catastrófica y de una menor de edad.

Por consiguiente el fallo que en vía de impugnación se ha estudiado debe confirmarse ya que no amerita revocatoria ni nulidad alguna.

Por lo expuesto, el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá D.C. Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de esta ciudad, de fecha 18 de julio de 2022.

2º.- Notifíquesele a las partes el presente fallo por el medio más expedito.

3.- Remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión .

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez,

MARIA EUGENIA FAJARDO CASALLAS.

Firmado Por:

María Eugenia Fajardo Casallas

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 027 Escritural

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: **f906db53816157d2efb33b85ba4e4c1fa6b14f6ee9f6b12794ab28760fc39ed0**

Documento generado en 16/08/2022 08:31:49 AM

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

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