

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento

Bogotá D. C., once (11) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicado en segunda instancia: 110013104008202000024

Radicado en primera instancia: 110014088063202000014

Accionante: Nelcy Ramírez Calderón

Accionada: Salud Total EPS S.A.

Asunto

Procede el Despacho a resolver el recurso de impugnación interpuesto por la accionada Salud Total EPS S.A., en contra del fallo de tutela proferido el pasado treinta y uno (31) de enero, por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Penal Municipal con Función de Garantías de esta ciudad.

Hechos

Por su relevancia para las resultas del proceso, se extraen de lo obrante en el plenario, los siguientes aspectos:

Que Nelcy Ramírez Calderón, identificada con la cedula de ciudadanía número 51.729.991, a partir del 1 de noviembre del año pasado se encuentra afiliada Salud Total EPS S.A.

La precitada presenta diagnóstico de «leucemia mieloide crónica» y dentro del tratamiento para dicha patología se le ordenó medicamento el fármaco «SPRYCEL DASATINIB TABLETA 100 MG/1U», que el médico tratante dejó en claro en el análisis clínico «SE INDICA SPRYCEL, YA QUE LA OTRA PRESENTACIÓN GENERA INTOLERANCIA GASTROINTESTINAL IMPORTANTE».

A dicha paciente, en noviembre de la pasada anualidad, le fue enviado a su residencia el medicamento que fue autorizado pero en presentación genérica, por lo cual ella no lo recibió.

El 3 de enero hogaño, el medico hematólogo Carlos Daniel Bermúdez Silva, le formuló para 180 días el «medicamento alto costo» denominado «SPRYCEL DASATINIB TABLETA 100 MG/1U».



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Hasta el momento de fallarse en primera instancia la presente acción, no se había materializado la entrega del referido medicamento en la forma que fue prescrito.

Sentencia impugnada

El *a quo*, tuteló los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida e condiciones dignas, invocados por la ciudadana Nelcy Ramírez Calderón¹.

Consecuentemente, ordenó «*al representante legal del (sic) de la entidad promotora de salud **SALUD TOTAL EPS**, o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia proceda a disponer lo pertinente para que dentro de ese término perentorio e improrrogable se autorice y entregue a favor de la paciente **NELCY RAMÍREZ CALDERÓN**, identificada con la Cédula de Ciudadanía N° 51729991, el medicamento denominado **SPRYCEL DASATINIB TABLETA 100 MG/1U** en las cantidades y dosis que correspondan y durante el tiempo que para ese propósito se considere indispensable por parte del médico tratante, para el manejo y control de la enfermedad “**LEUCEMIA MIELOIDE CRÓNICA**” que le fue diagnosticada, **advertiéndose que en ningún caso la paciente debe ser sometida a más demoras injustificadas para su entrega efectiva como hasta el momento ha sucedido, ordenándose que se efectúe una programación diligente y eficiente, garantizándose que su entrega se efectúen dentro del término antes señalado**»².*

Asimismo dispuso, «*PREVENIR a la EPS **SALUD TOTAL**, para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en trabas administrativas, esto es, el de prestar el servicio médico requerido por los usuarios dentro del término indicado y conforme a la prescripción médica, lo anterior conforme lo ordenado en la parte considerativa de esta decisión*»³.

La decisión en comento, esencialmente la sustentó, en que la EPS accionada solo acreditó la preautorización expedida el 7 de enero del año en curso, para el medicamento objeto de pretensión, pero no la entrega del mismo, contrario sensu, estableció dentro del plenario a través de «*prueba telefónica*», que dicho servicio de salud no se ha materializado⁴.

Impugnación

En escrito oportunamente presentado, Zulma Franceneth Acuña Mora, en su calidad de Gerente y Administradora Principal de Salud Total S.A. Sucursal Bogotá, impugnó el fallo antes precisado⁵.

Alegó en el memorial en comento, que esa entidad autorizó en marca genérica el medicamento que la judicatura le ordenó entregar, el que se autorizó con base en el principio activo, que está aprobado por el INVIMA, que la señora no aportó prueba de negación de servicios por parte de esa EPS, que la acción de tutela es improcedente

¹ Ver a folio 130 por el anverso, el numeral PRIMERO de la parte resolutive del fallo impugnado.

² Ver a folio 130 por el anverso, el numeral SEGUNDO de la parte resolutive del fallo impugnado.

³ Ver a folio 130 por el anverso, el numeral SEGUNDO de la parte resolutive del fallo impugnado.

⁴ Ver la motivación contenida del envés de folio 124 al anverso del folio 130.

⁵ Folios 137 a 143.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

por no existir prueba de la vulneración de derechos fundamentales, que el derecho a la salud no es absoluto y que se deben asignar de manera eficiente los escasos recursos disponibles.

Con sustento en lo anotado, impetró de manera principal, revocar el fallo impugnado, y en subsidio deprecó, adicionar dicha sentencia, otorgándole a esa EPS la facultad de recobro ante la ADRES⁶.

En memorial con el cual adujo dar alcance al escrito impugnatorio⁷, informó: «... que actualmente la señora NELCY RAMÍREZ CALDERÓN registra en estado administrativo suspendido por cierre de contrato laboral del cotizante del grupo familiar el señor (sic) LAURA MILENA RODRIGUEZ RAMIREZ cc No.1022393728, sin que hasta la fecha se presente solicitud de movilidad a régimen subsidiado ni nueva vinculación como cotizante independiente a régimen contributivo»⁸.

Agregó, que por encontrarse en un estado suspendido con contrato cerrado, no le es posible a esa EPS atender la prestación de servicios de la tutelante⁹, y como complemento, repitió los mismos argumentos que anteriormente expuso¹⁰.

Competencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, le compete a este juzgado constitucional, resolver la discrepancia planteada en torno al fallo que precede, pues no admite discusión, que es superior jerárquico y funcional del despacho que lo emitió.

Consideraciones del Despacho

El artículo 86 de nuestra Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la república, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos expresamente previstos en el ordenamiento.

Tal precepto constitucional se encuentra desarrollado por el Decreto 2591 de 1991 – el cual a su vez se encuentra reglamentado por el Decreto 306 de 1992, y el Decreto 1069 de 2015 o Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho – modificado por el Decreto 1983 de 2017.

⁶ Ver folio 143.

⁷ Folios 148 a 169.

⁸ Ver folio 148.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ver del folio 150 al 156.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ubicados dentro del marco conceptual y jurídico de esta acción pública, se debe constatar lo argumentado por la parte recurrente con lo obrante en el plenario, para luego definir, si la decisión que fue impugnada, se confirma, se modifica, se revoca o se anula.

Así las cosas y revisado el acervo probatorio recaudado, como punto de partida se tiene, que le asiste la razón al despacho de primer grado, en cuanto a la motivación y resolución que plasmó en el fallo de tutela impugnado y que hoy nos ocupa.

En efecto, en el curso de la primera instancia, la EPS demandada, vale precisar, Salud Total EPS S.A., no demostró, teniendo la carga procesal de hacerlo, que le entregó a su afiliada Nelcy Ramírez Calderón identificada con la cedula de ciudadanía número 51.729.991, el medicamento «SPRYCEL DASATINIB TABLETA 100 MG/1U» que le fue ordenado por médico tratante.

Y aunque dentro la impugnación, quien defiende los intereses de esa entidad arguyó, que el pasado mes de enero, se le autorizó dicho fármaco en marca genérica, se aprecia con facilidad, que en su argumentación alude a preautorizaciones, es decir, que ni siquiera probó esa situación.

Empero, es evidente, que en este caso en concreto, por recomendación médica expuesta en la orden, no es admisible el medicamento en cuestión en presentación genérica, ya que ésta produce serios daños colaterales a la paciente, por lo que forzosamente debe suministrarse el medicamento en la marca comercial fijada por el especialista tratante.

Así las cosas, le corresponde al juez constitucional, velar que la orden del médico tratante, sea atendida por la EPS de manera oportuna e integral, y si es el caso, amparar que el medicamento se le entregue al *usuario* con todas las especificaciones fijadas por el galeno que lo prescribió.

En ese sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional de manera pacífica, al respecto nuestro máximo intérprete constitucional, en la sentencia T-607 de 2013 conceptuó:

«DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Orden a EPS suministro medicamento en presentación comercial prescrito por el médico tratante

En el caso sub judice, se observa que el médico tratante de la accionante, ordenó el medicamento en presentación comercial, por 3 meses, el cual en principio estaba siendo suministrado por la EPS, quien tomó la decisión arbitraria, de cambiar el medicamento por su presentación genérica, sin tener en cuenta lo establecido por esta corporación “(...) En virtud de la protección a los derechos del paciente, los cambios de medicamentos o tratamiento que se desee hacer en un caso específico, deben fundarse en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente.”; en consecuencia, la



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

actuación de la entidad demandada, no sólo pone en riesgo la salud de la accionante, sino que además compromete el derecho fundamental a la vida digna»¹¹. (Subrayas ajenas al texto).

En esa misma providencia, dicha alta corporación explicó:

«Las Entidades Promotoras de Salud no pueden cambiar de manera arbitraria y sin justificación médica o científica un medicamento, pues es de recordar que es el médico tratante la persona indicada que conoce a la paciente, para determinar cuándo suspender o cambiar un medicamento. Por otra parte, para que las Entidades Promotoras de Salud puedan reemplazar un medicamento comercial a un paciente por su versión genérica, deberá además de tener en cuenta los criterios de calidad, seguridad eficacia y comodidad para el paciente, fundamentar la decisión en la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad teniendo presente los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente,...»¹². (Subrayado extratextual).

Y más recientemente, el supremo tribunal constitucional, en la Sentencia T-381 de 2016, sobre idéntica temática, definió:

«El cambio en la presentación y marca del medicamento habitual, por uno genérico, realizado por la E.P.S. vulneró el derecho a la salud de la accionante porque no se le informaron los motivos del remplazo y tampoco pudo justificarse con base en razones técnicas, fundamentadas en criterios científicos o de especialistas que pudieran explicar razonablemente el por qué se desatendió la prescripción médica»¹³. (Subraya no incluida en el texto).

En este orden de ideas, no es otro el camino a seguir, que el de confirmar el fallo impugnado en todos los numerales que actualmente contiene, por ende, en ese sentido se decidirá.

Ahora bien, aunque no es necesario un pronunciamiento por parte del juez de tutela, sobre el recobro ante la ADRES, este despacho acoge el criterio, que no sobra hacerlo, por lo tanto adicionará el fallo impugnado, en el sentido de Advertir a la Salud Total EPS S.A., que cuenta con la facultad de repetir ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), por los gastos en que incurra en razón de este fallo judicial, y que no estén contemplados dentro de su obligación legal y reglamentaria, esto como consecuencia legal y sin necesidad de mandato judicial, motivo por el cual no era necesario vincular a este procedimiento constitucional a dicha administradora, debiendo seguir el trámite administrativo desarrollado en la Resolución 3951 de 2016 - modificada por las resoluciones 5884 de 2016, 532 de 2017 y 1885 de 2018-, para lo cual se le expedirán oportunamente por el juzgado de primer grado, las copias de los fallos de ambas instancias.

Para finalizar y en aras de la claridad que debe caracterizar a todo fallo judicial, no sobra anotar, que al juez de segunda instancia únicamente le compete revisar lo decidido por su inferior, nunca le corresponde examinar y resolver situaciones ocurridas con posterioridad a la providencia recurrida.

¹¹ 2 de septiembre de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹² Idem.

¹³ 19 de julio de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Amén de ello, la suspensión de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud que ahora presenta la accionante, es un asunto que en primer lugar debe solucionar ella y su núcleo familiar, y en segundo término, debe ser dilucidado por medio de procedimientos administrativos y judiciales, distintos a la acción tuitiva.

Y si lo que procura la impugnante, es que se analice una imposibilidad de cumplir lo ordenado en fallo que precede, es bien sabido, que esto es un tópico, que debe resolver exclusivamente el juzgado de primera instancia, como lo estableció la jurisprudencia de tiempo atrás.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., *administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,*

Resuelve

Primero. Confirmar el fallo de tutela proferido el pasado treinta y uno (31) de enero, por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Penal Municipal con Función de Garantías de esta ciudad, en todos los numerales que actualmente contiene, conforme lo expuesto en la parte motiva.

Segundo. Adicionar el fallo impugnado, en el sentido de Advertir a la Salud Total EPS S.A., que cuenta con la facultad de repetir ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), por los gastos en que incurra en razón de este fallo judicial, y que no estén contemplados dentro de su obligación legal y reglamentaria, esto como consecuencia legal y sin necesidad de mandato judicial, motivo por el cual no era necesario vincular a este procedimiento constitucional a dicha administradora, debiendo seguir el trámite administrativo desarrollado en la Resolución 3951 de 2016 - modificada por las resoluciones 5884 de 2016, 532 de 2017 y 1885 de 2018-, para lo cual se le expedirán oportunamente por el juzgado de primer grado, las copias de los fallos de ambas instancias.

Tercero. Notifíquese esta decisión a las partes, dejándoles en claro que contra la misma no procede recurso alguno.

Cuarto. Remítase la actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez

Juez

(Original Firmado)

A.K.