

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE  
CONOCIMIENTO**

Bogotá, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

**I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA**

Decidir la presente acción de tutela, promovida por **MERCEDES RUGELES RUGELES** en contra de **COMPENSAR EPS**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud.

**II. HECHOS**

Manifestó la accionante que es cotizante del régimen contributivo de Compensar EPS desde el 3 de septiembre de 2009; que en noviembre del 2019 le diagnosticaron una *“Esclerosis Sistémica Progresiva y Fibrosis Pulmonar”*; iniciando su tratamiento en enero de 2020 con el medicamento *“Ciclofosfamida 750mg, durante siete meses”*. Que el 3 de noviembre de 2020, le realizaron un cateterismo derecho en el cual se evidenció que tenía *“hipertensión pulmonar leve”*.

Por lo anterior, el reumatólogo y neumólogo tratantes coincidieron en formularle como medicamento para su enfermedad, el *“Micofenolato de mofetilo”*, indicando que *“en la actualidad es el único medicamento que funciona para tratar la enfermedad, proporcionarme una buena calidad de vida y mantener los resultados obtenidos con la quimioterapia, y que inicialmente lo debo tomar durante tres años”*.

Adujo que se expidió la correspondiente fórmula MIPRES; no obstante, que el 30 de noviembre de 2020 cuando se dirigió a la EPS, le comentaron

que el medicamento ordenado no podía ser autorizado porque este no estaba aprobado para el tratamiento de su enfermedad; lo cual constituye una clara vulneración de su derecho a la salud e incluso a su vida.

Por todo lo anterior, solicitó al juez de tutela se conceda el amparo de su derecho fundamental amenazado y en consecuencia, se ordene a Compensar EPS a que autorice y entregue el medicamento "*MICOFENOLATO DE MOFETILO 500 mg/1u/*".

### **III. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA**

El 4 de diciembre del 2020 se admitió la tutela y se ordenó correr traslado de la demanda y sus anexos a la entidad accionada, acto que se surtió mediante correo electrónico de la misma fecha.

El apoderado judicial del programa de salud de la Caja de Compensación Familiar Compensar, indicó en su respuesta que una vez revisados los hechos referidos en escrito de tutela, evidenciaron que la accionante se encuentra activa en el PBS de esa EPS en calidad de cotizante dependiente desde el pasado 8 de junio de 2018, que se le han prestado todos los servicios a que tiene derecho como afiliada e incluso algunos servicios NO PBS que fueron prescritos a su favor a través de diferentes ordenes MIPRES.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión del suministro del medicamento "*Micofenolato de Mofetil 500 MG*" encontraron que su uso no se encuentra autorizado por el INVIMA para la patología de FIBROSIS PULMONAR, "*en consecuencia, los estudios no soportan la seguridad del medicamento en esta patología y no se considera pertinente la formulación*". Al respecto manifestaron que cuando el medicamento prescrito no tiene indicación del INVIMA, el profesional tratante deberá consultar la tabla de referencia del listado UNIRS y en caso de no encontrar el medicamento con la indicación que requiere, debe gestionar una solicitud de aprobación de la nueva indicación a través de las sociedades científicas, tal como lo establece los procedimientos MIPRES del Ministerio de Salud.

De tal suerte, en el presente evento no puede hablarse de vulneración a derecho fundamental pues resulta probado que la negación del suministro del medicamento, corresponde única y exclusivamente al riesgo que implica suministrar medicamentos a los pacientes que no cuentan con aprobación del INVIMA para la patología padecida.

Por lo anterior, solicitaron decretar la improcedencia de la acción de tutela ya que no existe conducta que pueda considerarse como violatoria de derechos fundamentales.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

La tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido burlados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares de manera excepcional, lográndose así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, el cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

##### **4.1. Problema Jurídico**

Compete establecer si en este caso la EPS Compensar, se encuentra vulnerando el derecho a la salud de MERCEDES RUGELES RUGELES, al no haber autorizado y entregado el medicamento "*Micofenolato de Mofetil 500 MG*" ordenado por el médico tratante respecto del padecimiento que aqueja a la accionante.

##### **4.2 Procedibilidad**

###### **•Legitimación Activa**

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectado o a

través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) Mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud. En el presente evento, se satisface la primera de las posibilidades, pues MERCEDES RUGELES RUGELES, acudió directamente a la acción de tutela en procura del amparo de sus garantías fundamentales, por ende, se encuentra legitimada para promover la presente acción de tutela.

#### •**Legitimación Pasiva**

COMPENSAR EPS es una entidad de carácter particular que garantiza la provisión del servicio público de salud, por tanto, es demandable en proceso de tutela, a voces del artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

#### •**Inmediatez**

Hace referencia al término en el que fue interpuesta la acción de tutela, siendo determinable el mismo a partir del hecho que ocasionó la presunta vulneración. La acción fue presentada el 4 de diciembre de 2020, fecha que resulta razonable, si se tiene en cuenta que fue presentada en vigencia de la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados pues las ordenes medicas dadas por el médico tratante son del mes de noviembre de 2020.

#### •**Subsidiariedad**

A voces del artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela *"solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. Disposición desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, respecto al caso particular es menester resaltar que el derecho a la salud, como garantía fundamental puede ser garantizado por medio de acción de tutela, con mayor razón si se evidencia que la parte actora presuntamente se encuentra asumiendo cargas administrativas que no le corresponden.

### **4.3 Derecho a La Salud**

Sobre el derecho a la salud, el máximo Tribunal Constitucional reiteró el precedente jurisprudencial sobre la protección constitucional del mismo, indicando:

*“La jurisprudencia de la Corte ha sido contundente en aseverar que el derecho a la salud, tiene naturaleza de fundamental en forma autónoma. Así, esta garantía ha sido definida como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Esta concepción vincula el derecho la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que “responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales. De ahí que esta salvaguarda no solo protege la mera existencia física de la persona, sino que se extiende a la parte psíquica y afectiva del ser humano”<sup>1</sup>.*

### **4.4 Principio de Continuidad en la Prestación del Servicio de Salud**

La Corte Constitucional, en Sentencia T-124 de 2016, respecto al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud precisó, que hace parte de las responsabilidades de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud, facilitar el acceso a los servicios de salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad señalados en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991. Así:

---

<sup>1</sup> Sentencia T-648 de 2011

*“(…) A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera eficaz, regular, continua y de calidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos”.*

Adicionalmente, la Sentencia T – 563 de 2013, frente al tema precisó:

*“Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, con la posterior recuperación. Por lo tanto, debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación, insumos y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad”.*

En ese sentido, la jurisprudencia ha resguardado el acceso efectivo y oportuno de la prestación de los servicios de salud de los ciudadanos, con el fin de que las entidades prestadoras de salud en virtud de la continuidad en la prestación del servicio, garanticen el suministro del mismo, hasta la finalización inclusive de los servicios médicos prescritos en cabeza de sus afiliados.

#### **4.5 Presupuestos de Continuidad, Eficiencia y Oportunidad en el Servicio de Salud**

Conforme a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la atención en salud, así como la seguridad social son servicios públicos de carácter

obligatorio y esencial a cargo del Estado, que deben prestarse bajo su dirección, coordinación y control, y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.<sup>2</sup>

Al respecto la Corte Constitucional ha precisado que el derecho fundamental a la salud, comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad<sup>3</sup>.

#### **4.6 Caso Concreto**

En el asunto sometido a consideración, se tiene que el amparo constitucional impetrado radica en la situación médica que presenta la accionante, ya que padece de “ESCLEROSIS SISTEMICA PROGRESIVA Y FIBROSIS PULMONAR” y según la accionante, es la razón por la que los médicos tratantes le ordenaron la aplicación del medicamento “MICOFENOLATO DE MOFETILO”. Advertido lo anterior, se pone de presente que el quid del asunto radica en la solicitud puntual de la parte actora, la cual se encuentra encaminada a solicitar, que se ordene a la EPS accionada a autorizar y entregar el citado medicamento.

Lo anterior, fue objeto de pronunciamiento por parte de COMPENSAR EPS, en respuesta donde manifestaron que la entrega del medicamento ordenado por el médico tratante no fue autorizada debido a que la indicación del uso del medicamento para la enfermedad que aqueja a la accionante, no está aprobada por el INVIMA.

Respecto del particular, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T001 del 2018, se pronunció respecto de los medicamentos que no cuentan con registro sanitario del INVIMA, en donde consagró que:

*“la Corte se ha referido reiteradamente a la existencia de dos vías para acceder a un medicamento que no tiene el registro INVIMA para determinada*

---

<sup>2</sup> Al respecto, es de advertir que la misma norma constitucional le impone al Estado “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad...” ; conforme al Literal a) del artículo 2º de la Ley 100 de 1993 “por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” la eficiencia, precisamente, hace referencia a la “mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

<sup>3</sup> Sentencia T-760 de 2008

*patología[41]. Una primera, la ya mencionada en el artículo 128 de la Resolución 5269 de 2017, que para la fecha de los hechos correspondía al artículo 134 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y de la Protección Social (regla general), y otra que es el consenso que exista en la comunidad científica sobre el particular.”*

En ese mismo sentido, en Sentencia T-027 de 2015 se mencionó:

*“De ese modo, la expedición del registro por parte del INVIMA constituye la acreditación formal del medicamento correspondiente; la informal, estaría dada por la aceptación de la comunidad científica del hecho de que determinado medicamento sirve para tratar una patología en particular. En ausencia de dicha acreditación, se estará entonces en presencia de un medicamento de los denominados no comprobados o en fase experimental, que son “aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.*

*A partir de esta distinción, la Corte Constitucional ha sentado una regla jurisprudencial en relación con la posibilidad de que, por la vía de la acción de tutela, sea exigible la entrega de medicamentos que no cuentan con registro sanitario del INVIMA, de acuerdo con la cual, será procedente el amparo tutelar cuando quiera que se trate de medicamentos que están acreditados en la comunidad científica respecto de su idoneidad para el tratamiento de determinada patología y siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos que no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Quedan excluidos entonces los medicamentos experimentales, frente a los cuales no existe suficiente evidencia científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad. Subrayado fuera del texto.*

De igual manera, en la Sentencia T243 de 2015, la Corte indicó que respecto de la negativa del CTC (en vigencia de la Ley 1751 de 2015) a



suministrar un medicamento por la simple razón de no contar con el registro del INVIMA, que:

*“Se debe analizar si el derecho a la salud se encuentra comprometido ante tal negativa. En palabras de la Corte, “el derecho a la salud de una persona implica que se le garantice el acceso a un medicamento que requiere, así no cuente con registro del INVIMA, si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano”.*  
Subrayado fuera del texto.

En el caso concreto, se advierte que la accionante no aportó la copia exacta de la orden médica que autoriza el medicamento de “*MICOFENOLATO DE MOFETILO*”; no obstante, esta información fue debidamente confirmada por la accionada, quien en su respuesta manifestó encontrarse impedida de entregar el medicamento ordenado debido a que este medicamento no tenía autorización INVIMA para el padecimiento que aqueja a la accionante.

Ahora bien, una vez expuesta la posición de la Corte, se debe indicar que en el presente caso; la entidad accionada no puso en conocimiento del accionante y/o su médico tratante, la existencia de otro medicamento que pudiera reemplazar al ordenado por otro medicamento cuyo principio activo cumpla con las mismas funciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que el medicamento “*MICOFENOLATO DE MOFETILO*” fue ordenado por el médico tratante, se tiene que tal orden se encuentra revestida de una acreditación médico científica que confirma la necesidad de suministrar el medicamento a la paciente. De tal suerte, impedir el acceso al medicamento sin presentar una alternativa de un medicamento que cuente con el aval INVIMA para la patología que aqueja a la accionante; de manera clara constituye la violación al derecho a la salud de la accionante; quien esta viendo restringido su derecho a la salud al no contar con un tratamiento actual para la patología que la aqueja.

Por tal motivo, se ordenará a la accionada COMPENSAR EPS, que autorice y entregue el medicamento ordenado por el médico tratante; hasta tanto se cumpla con lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional y se indique por parte de la EPS o los médicos tratantes que el medicamento ordenado, *“(i) médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano”*.

En esa medida, en aras de garantizar el derecho a la salud de la accionante, se concederá el amparo del derecho fundamental reclamado y en consecuencia, se ordenará al representante legal de COMPENSAR EPS, que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice y proceda a entregar el medicamento de *“MICOFENOLATO DE MOFETILO”* ordenado por el médico tratante a la accionante.

#### **4.7 De la Orden de Recobro**

En punto a la facultad que ostentan las entidades promotoras de salud de recobrar ante el ente territorial por los gastos en que se tenga que incurrir para la atención de la enfermedad que padece el paciente y que no estén incluidos en el plan obligatorio de salud, se considera prudente citar la sentencia T-760 de 2008, que consagró:

*Dadas las reglas del actual Sistema de Salud, las entidades promotoras de salud, EPS, tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC). Para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil. (...)*

*Actualmente, salvo la Sala Segunda de Revisión que fija plazos[484] y la Sala Sexta que no reconoce el derecho al recobro,[485] las diferentes Salas*

*reconocen la facultad de las EPS de repetir contra el FOSYGA sin especificar plazos pero ordenando el cumplimiento de lo establecido en la regulación.[486].*

*Inicialmente, cuando la jurisprudencia profirió las primeras órdenes de recobro al FOSYGA no existían términos para el recobro[487] y esto dificultaba a las EPS recuperar el costo de los servicios que prestaba a sus usuarios y que legalmente no le correspondía asumir. Actualmente existen términos claros dentro de los cuales el administrador del FOSYGA está obligado a efectuar el reembolso a las entidades. Sin embargo, como se verá más adelante, el retraso en el cumplimiento de los términos de recobro es justamente uno de los aspectos que ha afectado sistemáticamente desde hace varios años el flujo de recursos en el sistema en desmedro del acceso efectivo de los usuarios a los servicios de salud y del goce efectivo del derecho a la salud.*

*Ahora bien, la regla general acerca del monto que se reconoce, y se paga, por el recobro de servicios de salud (medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos) prestados por las entidades a los usuarios, en cumplimiento de fallos de tutela o autorizaciones del Comité Técnico Científico, parte de aquello que la entidad no está obligada a asumir legal y reglamentariamente. Así, factores como el número de semanas cotizadas certificadas por la entidad, o la existencia de un medicamento del mismo grupo terapéutico que remplace o sustituya el medicamento ordenado, afectan la suma que se reembolsa.[488] (...)*

*Por último, es importante señalar que si bien la regla general en la jurisprudencia constitucional es que cuando se ordena a una EPS la prestación de un servicio médico no incluido en el POS, se ordena a su vez el reconocimiento del derecho al recobro por el monto que legal y reglamentariamente no le corresponda asumir respecto del mismo, muchas veces se ordena la prestación del servicio médico para proteger el derecho a la salud del usuario, pero no se ordena el recobro ante el FOSYGA. Así sucede, por ejemplo, cuando se determina que el servicio médico sí estaba incluido en el POS[489] y cuando existe otro obligado a asumir el costo del servicio por tener capacidad económica suficiente[490]. Los recursos del FOSYGA sólo pueden ser*

*utilizados para pagar servicios médicos prestados por las EPS en aquellos casos en los cuales no existe ningún otro obligado asumir el costo.*

De igual manera, en la sentencia T 626 de 2012, se reconoce la facultad de recobro ante el FOSYGA, en donde se indicó:

*10. Con relación a la posibilidad de que la EPS efectúe el recobro ante el FOSYGA, esta Corporación ha señalado que “cuando se le impone a las EPS asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha definido como regla general, que cada vez que se ordene a una EPS una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, se debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social”[57]. Por lo expuesto, la EPS Famisanar podrá efectuar el recobro ante el FOSYGA en el evento en que se ordene la prestación de un servicio médico excluido del POS.*

Así las cosas, para no afectar la estabilidad económica de la EPS accionada, se facultará a COMPENSAR EPS, a recobrar ante el Fondo Financiero Distrital adscrito a la Secretaría Distrital de Salud, los gastos en los que tenga que incurrir respecto de la entrega del medicamento “MICOFENOLATO DE MOFETILO”.

En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÀ, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **V. RESUELVE:**

**PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental a la salud de la señora MERCEDES RUGELES RUGELES, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** al representante legal de COMPENSAR EPS, que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice y proceda a entregar el medicamento de “*MICOFENOLATO DE MOFETILO*” ordenado por el médico tratante a la accionante.

**TERCERO: FACULTAR** a COMPENSAR EPS, para recobrar ante el Fondo Financiero Distrital adscrito a la Secretaría Distrital de Salud, los gastos en los que tenga que incurrir respecto de la entrega del medicamento “*MICOFENOLATO DE MOFETILO*”, gasto que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud; lo anterior, teniendo en cuenta los límites establecidos en la normativa legal vigente y los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia.

**CUARTO: ORDENAR** que la decisión se notifique a las partes involucradas, conforme lo dispone el artículo 5º del Decreto 306 de 1992 y si no es impugnada se remita a la Honorable Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**CATALINA RIOS PENUELA**

**JUEZ MUNICIPAL**

**JUZGADO 028 PENAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO**

**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:

**51e2f32f01f7c1ff70a7f327a689aca839362aeb62d248357cd8cbc5937**

**fb923**

Documento generado en 14/12/2020 04:38:31 p.m.

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**