



JUZGADO VEINTISÉIS CIVIL MUNICIPAL
Bogotá D.C., primero (1) de junio de dos mil veinte (2020).

Acción de Tutela No. 2020 - 00220.
Sentencia de Primera Instancia

Accionante: Aracely Vargas Acosta.

Accionadas: Sanitas E.P.S.

Surtido el trámite de rigor, siendo competente esta sede judicial para conocer de la presente acción pública, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Decreto 2591 de 1991, en concordancia con los Decretos 1382 de 2000, 1834 de 2015 y 1983 de 2017 procede el Juzgado a decidir la acción de tutela de la referencia.

Antecedentes

1. La señora **Aracely Vargas Acosta**, actuando en nombre propio, presentó acción constitucional conforme lo reglado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, contra **Sanitas E.P.S.**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, en la medida en que no ha autorizado la práctica del “TRATAMIENTO TERAPIA DIRIGIDA CON AFATINIB”, necesario para contrarrestar el cáncer que padece.

2. Como apoyo de sus pretensiones sostuvo que:

2.1. En el mes de octubre de 2019 presentó dolores constantes en la pierna derecha, por lo que su médico tratante ordenó la práctica del servicio médico denominado resonancia magnética lumbosacra, dirigida a determinar el origen de sus dolencias, procedimiento que arrojó como resultado la presencia de masas con posibilidad cancerosa.

2.2. El oncólogo de Sanitas EPS (Dr. Henry Alexander Vargas Díaz), atendiendo el resultado que arrojó la resonancia, ordenó la práctica de un tac de tórax y un tac de abdomen con el fin de determinar la presencia de masas cancerígenas, los que arrojaron como resultados la presencia de una masa en el pulmón, así: “SE RECONOCE LA FORMACIÓN SOLIDA EXPANSIVA DE ASPECTO INFILTRATIVO A NIVEL DEL SEGMENTO APICOPOSTERIOR DEL LÓBULO INFERIOR DEL PULMÓN IZQUIERDO. SE RECONOCE ENGROSAMIENTO SEPTAL BASAL IZQUIERDO ASOCIADO NO DESCARTANDO SIGNOS LINFAGITIS CARCINOMATOSA”.

2.3. El 21 de noviembre de 2019 fue diagnosticada con ADENOCARCINOMA DE PULMÓN METASTÁSICO A HUESO ALK NEGATIVO, EGFR NEGATIVO, PDL1 NEGATIVO <1%. POP OSTEOSÍNTESIS PROFILÁCTICA DE FÉMUR DERECHA Y PROGRESIÓN METASTÁSICA, HEPÁTICA Y PULMONAR, por lo que su médico tratante ordenó la práctica de los siguientes procedimientos: (i) CIRUGÍA DE OSTEOSÍNTESIS PROFILÁCTICA DE FÉMUR DERECHO, y (ii) CICLO DE QUIMIOTERAPIAS DE CARBOPLATINO/PEMETREXED, que se debía desarrollar en 4 fases, así: a) CICLO # 1 el 18 de enero de 2020 (PEMETREXED-CARBOPLATINOPEMBROLIZUMAB); b) CICLO # 2 el 31 de enero de 2020; c) CICLO # 3 el 29 de febrero de 2020; d) CICLO # 4 el 21 de marzo de 2020, y e) Mantenimiento (PEMETREXED/PEMBROLIZUMAB) Ciclo #1 el 13 de abril de 2020.

2.4. El pasado 24 de diciembre le fue practicada la cirugía de osteosíntesis profiláctica de fémur derecho, sin embargo, en el mes de abril durante una cita control, encontró su médico tratante que las quimioterapias no habían funcionado, pues por el contrario generaron la aparición de nuevas mutaciones, ocasionando un deterioro funcional en su estado de salud.

2.5. Con ocasión al avance de su enfermedad y la necesidad de interrumpir el tratamiento de las quimioterapias, el profesional de la salud consideró que dada la presencia de la mutación de cáncer de pulmón, era candidata apta para acceder al tratamiento denominado TERAPIA DIRIGIDA CON AFATINIB, por lo que el pasado 12 de mayo, el Dr. Henry Alexander Vargas Díaz (médico tratante), tras contar con la evidencia médica y científica suficiente, sometió su caso ante la Junta Médica de la EPS SANITAS, cuyos integrantes recomendaron el tratamiento atrás citado para el tipo de mutaciones del cáncer de pulmón que padece, dada la inexistencia de otras alternativas médicas.

2.6. El 14 de mayo hogaño, la Dra. Catherine Padilla Moreno (Directora de Servicios No Pos y Tutelas de Sanitas EPS) informó que los recursos públicos asignados a la salud no podían destinarse a financiar servicios y tecnologías que no hubieran sido autorizadas por la autoridad competente, pues solo podrán ser objeto de prescripción y dispensación aquellos medicamentos que cumplan con la indicación autorizada por el INVIMA o que hagan parte del listado UNIRS, de ahí que, el medicamento **AFANITIB** al no contar con dicho registro no puede ser ordenado a través de la plataforma MIPRES, por tratarse de una tecnología excluida de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

2.7. Precisó que la negativa presentada por Sanitas EPS quebranta los principios de la prestación del servicio público de salud y la vida, al no suministrar el tratamiento ordenado por su médico tratante y la junta médica, quienes reconocen que el tratamiento con **AFANITIB** ha mostrado algunas respuestas con mejoría en la supervivencia libre de progresión en pacientes con el tipo de mutación del cáncer de pulmón que padezco, ante la limitación de continuar el tratamiento de quimioterapia, por el deterioro clínico presentado y la inexistencia de otras alternativas médicas.

3. Admitida la acción el 19 de mayo último, se dispuso la notificación de la accionada y la vinculación de **Idime**, la **IPS Clínica Colsanitas S.A.**, la **Clínica Colombia**, la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-**, el **Ministerio de Salud y Protección Social** y la **Superintendencia Nacional de Salud**, con el fin que rindieran un informe pormenorizado sobre los hechos que fundamentan la tutela.

4. Adicionalmente, mediante providencia de 29 de mayo hogaño, se ordenó oficiar al Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, a fin de que remitiera copia integra de la acción de tutela promovida por la accionante ante el mencionado estrado judicial.

4.1. El **Instituto de Diagnóstico Médico S.A. – Idime S.A.-** solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional, por cuanto no ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Aracely Vargas Acosta.

4.2. La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-** invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados, y frente a cualquier solicitud de recobro la misma es antijurídica, por cuanto

para ello existe un trámite administrativo definido, motivaciones por las que solicitó denegar el amparo reclamado.

4.3. La **I.P.S. Clínica Universitaria Colombia** solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional, por cuanto las actuaciones adelantadas por esa entidad se han ajustado a la normatividad legal vigente, sin generar afectación alguna a los derechos fundamentales de la señora Aracely Vargas Acosta.

4.4. A su turno, **Sanitas E.P.S.** solicitó declarar improcedente el amparo deprecado, por cuanto la acción incoada resulta temeraria, pues en el Juzgado Deciséis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá cursó una acción de tutela presentada por la señora Aracely Vargas Acosta contra Sanitas E.P.S., reclamando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y la vida, y como consecuencia, el suministro del medicamento denominado AFATINIB, sin que hubiese acreditado la existencia de un hecho nuevo que permita el estudio del presente trámite constitucional.

4.5. Luego, la **Superintendencia Nacional de Salud** solicitó su desvinculación del presente asunto por falta de legitimación en la causa por pasiva, por no ser la llamada a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales denunciados como conculcados.

4.6. El **Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá** remitió vía correo electrónico la decisión proferida al interior de la acción de tutela 2020-00028 promovida por la aquí accionante.

4.7. Por su parte, el **Ministerio de Salud y Protección Social** dentro del término concedido guardó silente conducta.

5. Verificado lo anterior, procede el Despacho a entrar a resolver la presente acción constitucional, previas las siguientes,

Consideraciones

1. La acción de tutela fue establecida en el artículo 86 de la Constitución Política como un procedimiento preferente y sumario para proteger los derechos fundamentales. Este instrumento jurídico es de carácter subsidiario y procura brindar a las personas la posibilidad de acudir a la justicia de manera informal, buscando la protección en forma inmediata y directa, de los derechos constitucionales fundamentales que considere vulnerados en todos aquellos eventos en el que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, o de los recursos que de ellos se derivan.

2. En el presente asunto, corresponde determinar si **Sanitas E.P.S.**, desconoce los derechos fundamentales de la señora **Aracely Vargas Acosta**, previo la verificación de una posible temeridad en la acción constitucional en boga, conforme contempla la Ley, la Jurisprudencia como demás normas concordantes en torno a dicha solicitud.

2.1. Lo primero que advierte el Juzgado es que en el asunto de la referencia no se cumple con uno de los presupuestos para la procedencia del amparo relacionado con autorizar la práctica del “TRATAMIENTO TERAPIA DIRIGIDA CON AFATINIB” prescrito por el médico tratante para tratar el cáncer primario de pulmón con metástasis en los huesos que padece la accionante, consistente en no haber interpuesto previamente una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones, pues, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, a cuyo tenor literal,

quien interponga el amparo constitucional deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra en relación a los mismos hechos y derechos.

Al respecto, ha dispuesto la Corte Constitucional¹ que se configura una actuación temeraria cuando sin motivo expresamente justificado, el amparo es presentado por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, conllevando como condena consecuencial de tal proceder, el rechazo y decisión desfavorable de todas las demandas constitucionales impetradas bajo la misma similitud, restricciones que en palabras de esa misma Corporación, deben ser legítimas y excepcionales, pues para que una acción de tutela cumpla esa condición deben concurrir cuatro requisitos, esto es, haber identidad de partes, hechos y pretensiones, y que no exista un motivo expreso que permita justificar la multiplicidad de acciones, es decir, que debe probarse una actuación de mala fe o un abuso del derecho a la administración de justicia por parte del accionante.

En contraste con lo anterior, la actuación no es temeraria cuando a pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda en la ignorancia del extremo actor, en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho, o por el sometimiento del activante a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho, de allí que si se comprueba alguna de estas circunstancias, deba declararse en su lugar la improcedencia de la misma, pues al existir un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre el caso, la decisión hace tránsito a cosa juzgada, y por ello no es posible reabrir el debate.

3. En ese orden, revisada la acción que ocupa la atención del Juzgado, de entrada se advierte el fracaso que debe tener la protección invocada, como quiera que del escrito de contestación allegado por Sanitas E.P.S., así como de sus anexos, se evidencia que el amparo aquí solicitado guarda íntima relación con los mismos hechos y derechos que fueron materia de debate en la anterior petición de amparo y con idéntica finalidad, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, bajo el radicado No. 2020-00028, quien resolvió la misma mediante sentencia de 29 de mayo de 2020, concediendo la protección invocada, pues ordenó tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida de la señora Aracely Vargas Acosta, y ordenó a Sanitas E.P.S. efectuar las gestiones correspondientes para que le fuere suministrado efectivamente el tratamiento con el medicamento Afanitib Tabletas X 30 Mg., tableta diaria X 3 meses, así como el tratamiento integral que requiera para contrarrestar la patología que le aqueja, lo que pone de presente que se trata de una misma situación frente a la que la convocante, pretende nuevamente incoar la protección constitucional y de suyo un ejercicio temerario de la acción que trae aparejado el fracaso de ésta.

Y para que no quede duda de la temeridad en que incurrió la accionante, adviértase que el propio Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, una vez vinculado, confirmó la anterior información, remitiendo copia de su decisión de 29 de mayo pasado, que permite constatar la identidad de acciones y la concesión de la acción constitucional en otrora ocasión.

Cual si fuera poco, en el nuevo escrito de amparo la accionante omitió justificar su proceder, sin que exista un acontecimiento sobreviniente, nuevo o excepcional que justifique su conducta, situación que impide toda posibilidad de inmiscuirse en el estudio de fondo de la controversia, porque ello atentaría contra la seguridad jurídica que también gobierna las actuaciones del Juez en sede constitucional y, porque además,

¹ Véase la sentencia T-069 de 2015.

se generaría una injustificada intromisión en el análisis de un asunto ya decidido a través de una decisión judicial. En esas condiciones y acorde con lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, no otra cosa se impone que calificar como temeraria la actitud del accionante.

4. Pero aún si se hiciera abstracción de esa circunstancia, obsérvese, conforme se advierte del informe rendido por la oficial mayor de este Despacho judicial, la señora Aracely Vargas Acosta (q.e.p.d.) falleció el pasado 19 de mayo, situación que le restaría eficacia a cualquier orden que se emita con ocasión de esta acción, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional² en ocasiones similares, al señalar que cuando la amenaza a los derechos cesa porque fallece el titular de los derechos que se pretenden salvaguardar, la tutela pierde su razón de ser como mecanismo de protección judicial, en la medida en que cualquier decisión que el juez constitucional pueda adoptar frente al caso concreto carece de fundamento fáctico, de ahí que, cualquier orden dirigida a proteger sus derechos fundamentales resulta inocua.

Con sustento en lo expuesto, el **JUZGADO VEINTISÉIS (26) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR la acción de tutela interpuesta por la señora **Aracely Vargas Acosta** (q.e.p.d.), por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO. NOTIFICAR esta decisión a los interesados, por el medio más expedito, conforme lo prevé el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. ENVIAR la presente acción, en caso de no ser impugnada, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,



MARÍA JOSÉ ÁVILA PAZ

Juez

MAR

² Véase, por ejemplo, la sentencia T-021/17.