

**Juicio No: 13334202200400 Nombre Litigante: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS)**

satje.manabi@funcionjudicial.gob.ec <satje.manabi@funcionjudicial.gob.ec>

Mié 24/5/2023 8:22

Para: PROCDP MANABI IESS <procdpmanabi@iess.gob.ec>

**Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 13334202200400**

**REPÚBLICA DEL ECUADOR  
FUNCIÓN JUDICIAL**

**Juicio No:** 13334202200400, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso 1

**Casillero Judicial No:** 0

**Casillero Judicial Electrónico No:** 0

**Fecha de Notificación:** 24 de mayo de 2023

**A:** INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS)

**Dr / Ab:**

**SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABI**

En el Juicio No. 13334202200400, hay lo siguiente:

**JUEZ PONENTE ABG. TEDDY LYNDA PONCE FIGUEROA – ABG. HUGO RAFAEL VELASCO ACOSTA Y DRA. CELIA ESPERANZA GARCÍA MERIZALDE. -**

**ACCIÓN DE PROTECCIÓN No. 13334202200400. -**

**VISTOS.** - La ciudadana **MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA**, interpone Acción Ordinaria de Protección, en contra de la Sociedad de Lucha Contra el Cáncer - SOLCA Manabí Núcleo de Portoviejo; del Hospital Oncológico "Dr. Julio Villacreses Colmont", a través de su representante legal, Dra. Ruth Rivera de Zambrano o quien ocupe dicha representación; en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mediante su representante, la Directora General del IESS, en la persona de Nelson Guillermo García Tapia o quien haga sus veces; en contra de Hospital General Portoviejo del IESS, mediante su Directora Administrativa del Hospital del IESS Portoviejo, Eva Marisol Romero Vélez o quien haga sus veces. En atención a los artículos 3 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se notifica a su representante legal, DR. ÍÑIGO FRANCISCO SALVADOR CRESPO, en su calidad de PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO. Mediante el sorteo legal de fecha jueves 3 de marzo de 2022, a fojas 16 del proceso de primer nivel, recae su conocimiento en la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Portoviejo, conformado por el Juez Abg. David Alejandro Mejía Macías; quien el viernes 04 de marzo del 2022, avoca el conocimiento de la causa (fojas 19). Luego del trámite legal, mediante Sentencia de fecha lunes 21 de marzo de

2022, a las 10h25, (fojas 147), ACEPTA LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN y DECLARA CON LUGAR LA DEMANDA formulada por el accionante MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA, por considerar que ha existido violación de derechos constitucionales de la accionante. Ante la decisión del juez a quo, la defensa técnica de SOLCA de manera oral en audiencia dedujo recurso de apelación a la sentencia emitida, de conformidad a lo que dispone el Art 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, recurso de APELACIÓN que fue concedido por el Juez a quo según consta en el proceso, para cuyo efecto dispuso que por Secretaría se remita el proceso para el sorteo respectivo en una de las salas de la Corte Provincial, para conocer y resolver el recurso de apelación que fue interpuesto. Se observa que el recurso interpuesto fue presentado dentro del término legal de conformidad a lo establecido en los Arts. 76 numeral 7 letra m) y 86 numeral 3 de la Constitución, en concordancia a lo establecido en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

Por sorteo de ley, se radica la competencia en la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el día lunes 11 de abril del 2022 a las 08:16, según consta en el Acta de sorteo constante a fs. 1, del proceso de segunda instancia, designándose a los únicos jueces provinciales que habían quedado conformando el Tribunal Único de la Sala Laboral antes indicada.

Bajo la norma establecida en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la causa debió de ser resuelta en el término de 8 días.

En tal sentido, es importante indicar que la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, fue creada mediante Resolución No. 033-2015 de fecha 02 de Marzo del 2015 y en su Art. 6 se indicó: *"Art. 6.- Las causas en materia de trabajo que se encuentran en conocimiento de las juezas y jueces que integran la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí, serán remitidas para conocimiento y resolución de las juezas y jueces que integran la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Manabí, previo el sorteo de ley"*. Es decir, que en el año 2015, pasaron todas las causas que mantenían pendientes por resolución la Sala de lo Civil, en un aproximado de 700 causas represadas que mantenían sin resolución desde el año 2009(6 años de represamiento), y fueron remitidas a la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Manabí, de reciente creación, Sala que se había conformado inicialmente por 3 jueces únicamente, Dr. Camacho Camacho Luis María, Abg. Delgado Zambrano Carolina Rosario y Abg. Yolanda de las Nieves García Montes. Posteriormente, dado que la cantidad de juicios que continuaban llegando, en virtud de que continuaban siendo resueltas por los diferentes juzgados de toda la provincia de Manabí, se decidió la integración de 1 juez adicional, Dra. Laura Paulina Sabando Espinales, quien se incorporó a la Sala en el año 2016, no obstante, continuaban llegando una gran cantidad de causas, por lo que el Consejo de la Judicatura en uso de sus atribuciones incorporó 2 jueces adicionales en el mes de septiembre del año 2017, reasignándose toda la carga procesal en el mes de octubre del 2017, de entre los 6 jueces que nos encontrábamos habilitados al momento, Dr. Luis Emilio Veintimilla Ortega y Abg. Teddy Ponce Figueroa, en un aproximado de 300 causas represadas a cada juez, más las nuevas causas.

Posteriormente, en el mes de septiembre del año 2019, uno de los jueces de la Sala de lo Laboral, Abg. Luis Emilio Veintimilla Ortega, se separó definitivamente de la institución, sin que el puesto vacante hubiera sido reemplazado por un nuevo juez, habiéndose reasignado nuevamente la carga represada del juez separado de entre los 5 jueces restantes miembros habilitados de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí. Lo dicho es, sin considerar los nuevos juicios que seguían subiendo a segunda instancia, más aún con la expedición del Código Orgánico General de Procesos, cuya aplicación de los términos en la sustanciación y resolución de los juicios,

debían de cumplirse ineludiblemente, bajo sanciones administrativas.

A pesar de existir aún una carga represada considerable, mediante Resolución No. 112-2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, con fecha 19 de octubre del 2020 de acuerdo a sus facultades establecidas en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial, **resolvió**, expresamente en el **"Art. 1.- Funcionamiento de Tribunales Fijos en Manabí.- Aprobar la "PROPUESTA PARA CONFORMACION DE TRIBUNALES FIJOS EN LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA SALAS NO PENAS Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE MANABI"...;" "Art. 2.- Traslado de juzgadores.- Disponer el traslado de las y los jueces: García Merizalde Cecilia Esperanza y Velasco Acosta Hugo Rafael, que actualmente laboran en la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí; así como de los juzgadores Sabando Espinales Laura Paulina y Ponce Figueroa Teddy Lynda, que actualmente se desempeñan en la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Manabí; para que pasen a integrar el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario de la misma provincia; y conozca las causas que se sustancia en esta dependencia judicial"**, en la DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA se dispuso: **"...La Dirección Provincial de Manabí procederá a realizar, en el término de ocho (8) días contados a partir de la expedición de la presente resolución, el sorteo de las juezas y jueces, secretarias y secretarios para la conformación de los tribunales fijos de lo contencioso administrativo y tributario en Manabí, así como en las unidades de procedencia de las y los juzgadores que con motivo de la presente resolución, pasan a integrar los tribunales contencioso administrativo y tributario en Manabí, conforme la propuesta presentada por la Dirección Nacional de Gestión Procesal...";** por lo que en aplicación a la aludida resolución con fecha viernes 23 de octubre del 2020, se procedió a realizar el sorteo de los Tribunales Fijos, quedando la Sala Laboral, únicamente con 3 jueces para el conocimiento y resolución de las causas que se encontraban represadas sin sentencia del Código de Procedimiento Civil, del Código Orgánico General de Procesos y de las causas constitucionales; es de observar que, por un lado, de éstas últimas causas, en la época de la pandemia aumentó el número de procesos; y, por otro lado, al haberse trasladado a 4 jueces de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, hacia los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativos y Tributarios con sede en el cantón Portoviejo, en virtud de la Resolución 112-2020 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, antes indicada, aumentó la carga en materia constitucional a cada juez. Todo lo cual colapsó el sistema de justicia en la Sala Laboral.

Ante esta problemática, amparado en lo previsto en el artículo 101 del Código Orgánico de la Función Judicial; en el artículo 7 de la resolución No. CJDG-2017-20 de 06 de marzo de 2017 con la cual la Dirección General expidió el "Instructivo para Traslado de Jueces" y acogiendo las conclusiones emitidas mediante Memorando-CJ-DNTH-2022-1798-M, de fecha 25 de abril de 2022 por la MSc. Ketty Del Rosario Gavilanez Villamarin en su calidad de Directora Nacional de Talento Humano, el Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Manabí, Dr. Fausto Iván Andrade Vera, dispuso mediante Memorando Circular DP-13-2022-0310-MC, de fecha 08 de junio del 2022, dentro del trámite TR: CJ-INT-2022-13370, el TRASLADO ADMINISTRATIVO desde el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el Cantón Portoviejo, a la SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABÍ, de los señores Jueces de Corte Provincial ABG. HUGO RAFAEL VELASCO ACOSTA, MSc., ABG. TEDDY LYNDA FIGUEROA PONCE y DRA. CELIA ESPERANZA GARCIA MERIZALDE; según consta en las acciones de personal No. 04758-DP13-2022-SP; No. 04757-DP13-2022-SP; y No. 04759-DP13-2022-SP, respectivamente, mismas que rigen a partir del miércoles 15 de junio del 2022; con lo que se conformó el SEGUNDO TRIBUNAL FIJO DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABÍ.

En virtud de la conformación del Segundo Tribunal Fijo de la Sala Especializada de lo Laboral, se procedió con la validación y el proceso de reasignación de causas, según lo dispuesto por la Unidad de Gestión Procesal, mediante Memorando No. -CJ-DNGP-2022-3994-M, de fecha Quito D. M martes 21 de junio del 2022, lo cual se dio cumplimiento, como se verifica en el Acta de Sorteo incorporado al proceso a fojas 11, del proceso, quedando de esta forma reemplazado el Tribunal que originalmente fue sorteado, conforme razón actuarial de fojas 12 de fecha 28 de julio del 2022, a las 10h49, por lo que desde esta fecha, los jueces que suscribimos la presente sentencia asumimos la competencia en el Tribunal Fijo Segundo de la Sala Laboral de la Corte Provincial, junto con las demás causas que se encontraban represadas y además de las que siguen llegando diariamente.

En este punto, es importante destacar lo siguiente, el Art. 186 de la Constitución de la República es claro en indicar que el Estado debe de garantizar que en el sistema de administración de justicia se establezcan Salas especializadas tanto en la Corte Nacional como en la Corte Provincial y Juzgados para el conocimiento de las causas, en los siguientes términos: "*Art. 186. En cada provincia funcionará una corte provincial de justicia integrada por el número de juezas y jueces necesarios para atender las causas, que provendrán de la carrera judicial, el libre ejercicio profesional y la docencia universitaria. **Las juezas y jueces se organizarán en salas especializadas en las materias que se correspondan con las de la Corte Nacional de Justicia. El Consejo de la Judicatura determinará el número de tribunales y juzgados necesarios, conforme a las necesidades de la población.** En cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales.*"- De la norma transcrita el órgano competente para establecer estas necesidades, del número de jueces necesarios en cada materia o especialización, es el PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA, así el numeral 8, del Art. 264 del Código Orgánico de la Función Judicial indica que le corresponde al Pleno del Consejo de la Judicatura: "*8. En cualquier tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio de la Función Judicial: a) Crear, modificar o suprimir salas de las cortes provinciales, tribunales penales, juzgados de primer nivel y juzgados de paz; así como también establecer el número de jueces necesarios previo el informe técnico correspondiente. b) (Sustituido por el num. 29 de la Disposición Reformatoria Segunda del Código Orgánico Integral Penal, R.O. 1805, 10II2014). Establecer o modificar la sede, modelo de gestión y precisar la competencia en que actuarán las salas de las cortes provinciales, tribunales penales, tribunales de lo contencioso administrativo y tributarios juezas y jueces de primer nivel, excepto la competencia en razón del fuero. Una misma sala o juzgador de primer nivel, podrá actuar y ejercer al mismo tiempo varias competencias; c) En caso de que, del informe técnico correspondiente, aparezca que existe en forma transitoria en determinada rama de la actividad judicial o en una localidad un número muy alto de causas sin despacho, **podrá crear salas o juzgados temporales que funcionarán por el periodo de tiempo que señalará o hasta que se despachen las causas acumuladas; en estos casos se procederá al nuevo sorteo de causas para asignarlas a estas salas o juzgados temporales;**(...)"- De tal manera que, el órgano competente para suplir las necesidades institucionales en cuanto al número de jueces que se requieren para el cumplimiento de los principios constitucionales referentes a las normas procesales (Art. 169 de la Constitución que dice: "*El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, **eficacia**, inmediatez, **celeridad** y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*"), es el Pleno del Consejo de la Judicatura, órgano que puede y debe crear salas o juzgados temporales cuando existan un número muy elevado de causas sin despachar, en tal sentido, el retardo, en la resolución de la presente sentencia no es atribuible a los jueces que*

conformamos los tribunales de esta Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí.

Aclarado este punto, y considerando la gran cantidad de causas que han sido reasignadas a los jueces que integramos la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, donde se incluyen causas laborales que se tramitaron con el Código de Procedimiento Civil (año 2011), las causas laborales que se tramitan con el Código General de Procesos y una gran cantidad de Acciones Constitucionales que se encuentran sin resolver; y teniendo en cuenta que si bien la incorporación del Segundo Tribunal Fijo a la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, por parte del Consejo de la Judicatura, se lo hizo en un principio, con el objeto de atender las causas escritas que se tramitaron con el Código de Procedimiento Civil, y que se encuentran represadas por varios años –desde el año 2011–; sin embargo, al momento de su implementación, no fue considerado como un tribunal de descongestión como se indica en el Art. 264 numeral 8 literal c) del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que corresponde también a este Tribunal, el trámite y resolución de las causas laborales que actualmente se tramitan con el Código Orgánico General de Procesos; y, el trámite y resolución de acciones constitucionales.-

Consecuentemente, a los jueces que integramos los dos Tribunales de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, nos corresponde dar atención igualitaria tanto a las causas escritas represadas, (C.P.C), como a la carga oral COGEP, en igualdad de condiciones, respetando el orden cronológico de ingreso a segunda instancia, priorizando los casos de atención prioritaria contemplados en el Art. 35 de la Constitución de la República; y las causas constitucionales, por su naturaleza.

Aclarado este punto, en virtud de la reasignación de la causa, con la nueva conformación del Tribunal Segundo de la Sala Especializada de lo Laboral, por los siguientes Jueces: Ponente: Ponce Figueroa Teddy Lynda, Velasco Acosta Hugo Rafael y García Merizalde Celia Esperanza y Secretaria Andrade Carrión Tatiana Elizabeth; luego de que fue puesto al despacho de la jueza ponente, se avoca conocimiento de la presente acción y atendiendo al orden cronológico de las causas constitucionales que se encontraban sin resolver al momento de nuestra designación, se procede a resolver este proceso, siendo el estado actual de la causa el de **ELABORAR LA CORRESPONDIENTE SENTENCIA** con la motivación completa y suficiente como lo prevé el Art. 76 numeral 7 literal l) de la norma suprema, luego de agotado el trámite previsto en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este Tribunal de Alzada, para resolver realiza las siguientes consideraciones:

**PRIMERO: COMPETENCIA.** - El Art. 167 de la Constitución de la República respecto a la jurisdicción define que, *"...La potestad de administrar justicia emana del pueblo, y se ejerce por los órganos de la Función Judicial, y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución"*, norma que guarda sindéresis con las disposiciones de los artículos 7, 150 y 151 del Código Orgánico de la Función Judicial. En cuanto a la competencia, de acuerdo al Art. 156 ibídem, significa la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados; así mismo, el Art. 157 del cuerpo legal antes citado, expone que *"...La competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley..."*. Por su parte, el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, indica: *"Art. 24.- Apelación. - Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando*

*el apelante fuere la persona o entidad accionada. Cuando hubiere más de una sala, la competencia se radicará por sorteo..."; en tal virtud, y de acuerdo al sorteo de Ley, la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Manabí, conformada por los suscritos juzgadores, es competente para conocer y resolver en segunda instancia la acción Constitucional de Protección propuesta por la accionante. -*

**SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** El debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República, se concreta en respetar, observar y aplicar las garantías constitucionales básicas y legales, siguiendo el trámite propio de cada procedimiento (numeral 3 ibídem), que en el caso de la garantía constitucional de acción de protección se encuentra establecido en los Art. 4, 13, 14 y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no observándose que se hayan transgredido tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial; por lo que se declara su validez.-

**TERCERO: NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.-** En relación a la Acción de Protección, nos permitimos realizar el siguiente análisis, para determinar, el marco jurídico constitucional dentro del cual debemos de enmarcar nuestra decisión; y, la procedencia o caso contrario su improcedencia; para que, una vez sea analizado los antecedentes de hecho y las pruebas practicadas, proceder a fundamentar nuestra decisión.- Para aquello es necesario ubicarnos en el contexto constitucional que ampara tal petición, al respecto el artículo 88 de la Constitución de la República, manifiesta que: *"La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación."*, disposición que guarda relación con el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (LOGJYC) en el que se indica: *"Art. 39.- Objeto.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena."*- Este texto constitucional, guarda perfecta armonía con nuestro actual modelo del Estado Ecuatoriano consagrado en el Art. 1 de nuestra Carta Magna, siendo un Estado Constitucional de derechos y justicia, que dejó de ser una mera declaración, para convertirse en un Estado que garantiza la protección y tutela de los derechos constitucionales, lo cual lo efectiviza a través de las garantías normativas, de políticas públicas y las jurisdiccionales que permiten evitar o cesar la vulneración de estos derechos o mitigar y reparar los daños, si ya se han producido. Entre las garantías jurisdiccionales, tenemos la acción de protección. Para Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, en su libro titulado *"Apuntes de Derecho Procesal Constitucional"* Tomo 2, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Noviembre del 2011, Quito – Ecuador, página 103, la acción de protección es: *"(...) tal vez la más importante, en función de su ámbito de protección(...) ya que sirve para lograr la tutela general de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; no hay que olvidar que la acción de protección es – o constituye- la cláusula general de competencia en materia de garantías, de tal manera que mediante ella se pueden garantizar todos los derechos, en particular aquellos que no tengan o no estén amparados por una vía procesal especial, y en tanto tal, se constituye en la herramienta básica para la garantía de los derechos de las personas, colectivos y de la naturaleza en Ecuador, ya que es*

el instrumento básico e inmediato con que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano para tutelar eficazmente los derechos.”- En relación a la **procedibilidad de la acción de protección** tenemos que el Art. 40 de la LOGJCC nos señala: “Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.” Y el Art. 41 de la LOGJCC, nos indica en la parte pertinente: “Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva. - La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: ¿a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; ¿c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.” Para el análisis de este último numeral, cabe hacer referencia de lo que piensan los tratadistas antes referidos, en el libro mencionado, (ut supra) página 110: “Por último, en armonía con el mandato constitucional de búsqueda de la igualdad material o de resultados y la prohibición de cualquier forma de discriminación establecida en los artículos 11, numeral 2 y 66, numeral 4 de la Constitución, la acción de protección **procede cuando se haya producido un acto discriminatorio contra una persona bien sea por acción u omisión** de cualquier persona o entidad pública o privada. Esta norma es obvia, pero no por ello menos necesaria, toda vez que desarrolla a un nivel procesal concreto el derecho a la igualdad y no discriminación que, como se sabe, es el principio transversal más importante de toda la Constitución.- En ese sentido, el enunciado normativo constituye una precisión y una especificación normativa del carácter tendencialmente universal que tiene la acción de protección, de esa forma procede y puede impetrarse contra cualquier forma de desconocimiento o violación del principio de igualdad en cualquiera de sus facetas. Como se deduce de su lectura, al aprobar el numeral 5 del artículo 41 de la LOGJCC, el legislador secundario quiso dejar fuera de toda duda y dotar de los más altos niveles de garantía la lucha contra la discriminación en cualquiera de sus formas, pues la igualdad es fundamento básico de todo Estado constitucional que merezca tal nombre.”- Y finalmente, en el Art. 42, se hace una enumeración taxativa de los casos en los que la acción de protección es improcedente: “Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibles la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.” -

#### **CUARTO: ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO:**

**4.1. PRETENSIÓN DE LA ACCIONANTE**, quien en lo principal en su libelo inicial manifiesta: “(..)

III.- Descripción de la omisión del prestador de servicio público que viola los derechos constitucionales. - Tal como lo demuestro con la historia clínica N° 386345; que en dos fojas adjunto a la presente, podrá verificar que el: 02 de marzo de 2022, un examen físico reveló que presentaba masa tumoral en la mama izquierda que ocupaba el 80% de la glándula mamaria. - Cabe indicar que, si bien soy beneficiaria de los servicios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mi tratamiento oncológico ha venido siendo realizado en SOLCA núcleo Portoviejo. En ese sentido, recibí 90% de tratamiento con quimioterapia. En mayo de 2021 se me realiza mastectomía simple, evidenciándose carcinoma mixto con áreas lobulillar y ductuales intiltrantes. - El 18 de noviembre de 2021 el Comité de Tumores de Solca, determina que según las guías y protocolos de tratamiento, la mejor y única opción es un ICDK4/6 que no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos "pero hay pacientes en el IESS con este tratamiento por lo que se contrarefiere a IESS... CONTRAREFERENCIA A IESS POR RIBOCICLIB 3 TABLETAS DE 200MG CADA DÍA POR 21 DÍAS CADA MES.". - Así, en el Hospital Oncológico Dr. Julio Villacreses Colmont de SOLCA Núcleo Manabí — Portoviejo, en lugar de realizarse el trámite respectivo para la adquisición de la medicación que requería, conforme lo establecido en el Art. 25 del acuerdo ministerial 018-2021, Reglamento para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos-CNMB vigente, procede a emitir un Formulario de Referencia, Derivación, Contrarreferencia y Referencia Inversa, de fecha 23 de noviembre de 2021, para que sea el Hospital General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, quien realice el trámite para la autorización y posterior adquisición del medicamento RIBOCICLIB. - Cabe indicar que en los Art. 25, 26, 17 y 18 del Reglamento para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos-CNMB vigente, se establece: "Artículo 25.- En el caso de pacientes derivados desde la RPIS a la RPC y pacientes autoderivados con cobertura RPIS, los establecimientos de salud de la RPC deberán proceder conforme a lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de este Reglamento, el CFT del establecimiento de salud de la RPC deberá remitir la solicitud con el informe técnico basado en evidencia a la máxima autoridad del establecimiento de salud, caso contrario, se informará al médico especialista prescriptor que la solicitud no es procedente.- Para el caso de pacientes auto-derivados con cobertura RPIS, previamente a la atención de salud, el establecimiento de salud de la RPC solicitará el código de derivación conforme a la normativa vigente, a fin de iniciar el trámite correspondiente. - Art. 26.- La máxima autoridad del establecimiento de salud de la RPC remitirá la solicitud de autorización para la adquisición de medicamentos que no constan en el CNMB vigente en casos no emergentes, junto con el informe técnico favorable, a la máxima autoridad del establecimiento de salud de la RPIS que derivó al paciente, para lo cual el CFT de este establecimiento deberá definir el proceso interno para el análisis de la pertinencia clínica y científica de dicha solicitud. De no presentar observaciones, el establecimiento de la RPIS procederá conforme a lo establecido en los artículos 19 al 23 del presente Reglamento, caso contrario, a través de su máxima autoridad, se notificará las observaciones a la máxima autoridad del establecimiento de salud de la RPC. - Artículo 17.- El médico especialista prescriptor que considere necesario adquirir un medicamento que no consta en el CNMB vigente para casos no emergentes, presentará al CPT del respectivo establecimiento de salud, una solicitud motivada y suscrita (anexo 2) en la que justifique clínicamente por qué no iniciar o continuar con el medicamento que no consta en el CNMB vigente; así como, el consentimiento informado suscrito por el paciente conforme a la normativa emitida para el efecto y las preguntas adicionales (anexo 7), suscrito por dicho profesional de la salud y el paciente o su representante legal. La solicitud deberá realizarse por cada paciente, medicamento y diagnóstico y, será responsabilidad del médico especialista prescriptor los criterios de selección del medicamento, así como, los objetivos terapéuticos que motivan la solicitud. - Artículo 18.- El CFT del respectivo establecimiento de salud de la RPIS analizará la solicitud (anexo 2) y elaborará un informe técnico con base a evidencia científica (anexo 3), que incluirá criterios de eficacia y seguridad centrados en



variables clínicamente relevantes capaces de mejorar la calidad de vida del paciente, las actividades de la vida diaria, reducir las complicaciones de la condición de salud, reducir la probabilidad de hospitalización o evitar la muerte, así como, los insumos para el análisis del impacto presupuestario. Dicho informe deberá estar foliado y suscrito por los miembros del CFT. – Si el informe técnico es favorable, el Comité de farmacoterapia-CFT de cada establecimiento de salud de la institución de la RPIS elevará el mismo a la máxima autoridad del establecimiento de salud (anexo 3), junto con la solicitud correspondiente; caso contrario, informará al médico especialista prescriptor que la solicitud o es procedente.” Todo este procedimiento ha sido omitido su autoridad, lo que evidentemente viola mi derecho a acceder a medicamentos de seguridad, de calidad y eficaces. – Cabe indicar que el día 13 de enero del 2022, tuve cita médica con la doctora Mariuxi Mendoza, especialista del Hospital General Portoviejo del IESS, quien al entregarle los documentos de derivación, me supo informar que dicho medicamento recomendado por el médico tratante del Hospital de SOLCA, Dr. Miguel Haroldt Cedeño Vera, NO consta en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos, por lo que no hay en stock en las farmacias del IESS, posteriormente ingresó al sistema del IESS los anexos y me dijo que tenía que esperar a que el Ministerio de Salud Pública (MSP) se pronunciara. – Su señoría, Solca violó mi derecho a la salud, después el IESS al tener conocimiento de mi caso no ha procedido con celeridad, ya estamos marzo del 2022 y todavía no obtengo respuesta alguna. Sin embargo. mi enfermedad va en PROGRESIÓN (AUMENTO), lo que me provocaría que lleguen más complicaciones en mi cuerpo por la falta del tratamiento con el medicamento RIBOCICLIB, lo que conllevará implicaciones graves para mi vida. – Cabe indicar que el medicamento RIBOCICLIB sí cuenta con registro sanitario (4538-MEE-O 119). conforme se puede verificar en la página web de la Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria: <http://aplicaciones.controlsanitario.gob.ec/consulta/index.php>. (...)

La Petición concreta es la siguiente: “(...) VIII.- Identificación clara de la pretensión: a. Solicito que en sentencia se declare la vulneración de mis derechos constitucionales a la atención prioritaria, el derecho a la salud, derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces y vida digna, previstos en el Art. 32, 35, 363 y 66 N° 2 de la Constitución de la República del Ecuador; por la falta de adquisición y suministro del medicamento prescrito para atender mi enfermedad como parte de mi tratamiento integral. – b. Se ordene la respectiva reparación integral, debiéndose disponer que por orden judicial de manera inmediata la Sociedad de Lucha Contra el Cáncer — SOLCA Manabí Núcleo de Portoviejo, mediante el Hospital Oncológico “Dr. Julio Villacreses Colmont’, proceda a la adquisición y suministro del medicamento RIBOCICLIB, en la dosis y frecuencia determinada por nuestros médicos tratantes. – c. Como medida de no repetición se solicita que, en caso de prescripción de nuevos medicamentos, para el tratamiento integral de mi enfermedad, éstos me sean suministrados de manera oportuna, adecuada y preferente. – d.- Solicito que tanto el IESS como SOLCA me den las respectivas disculpas públicas. – e. Solicito que se disponga que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, dentro del término de 30 días adopte las medidas adecuadas, incluso normativas, para que dentro del convenio que mantiene con SOLCA, como prestador externo, se garantice la adecuada observancia del trámite para la obtención de los medicamentos no previstos dentro del cuadro nacional de medicamentos básicos. – (...)”

**4.2.- AUDIENCIA.** - El Juez a quo, admite la demanda al trámite, mediante auto de sustanciación de fecha 4 de marzo del 2022, constante a fojas 19, y dispuso que se haga conocer sobre la acción a la parte accionada; posteriormente se convoca a **Audiencia Pública para el día jueves 10 de marzo del 2022, a las 09h00**, cuyo contenido consta en el CD y el acta resumen de la audiencia que obran en el proceso fojas 47, 139, 141 y siguientes, observándose que la audiencia se reinstaló los días 15 de marzo del 2022 y 17 de marzo del 2022.

En la Audiencia comparecen en representación del **LEGITIMADO ACTIVO**, MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA, con su abogado defensor Abg. Rubén Darío Pavón Pérez, de la Defensoría del Pueblo. -

En representación de la **LEGITIMADA PASIVA**: En representación de SOLCA, comparece la Abg. Idalina Mera Vera, a quien se le ratifican sus gestiones según consta a fojas 65, 184; y, en representación del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, el Abg. Jorge Isaac Balda Valdivieso, a quien se le ratifican sus gestiones según consta a fojas 134, 176. - El Abg. Fray Renán Zambrano Acosta, en representación de la Procuraduría General del Estado, a quien se le ratifica la gestión, a fojas 179, 182 del proceso. – Comparece el Dr. Miguel Haro Cedeño, en calidad de médico tratante de SOLCA Manabí. - A la primera audiencia al inicio no se visualizaba la comparecencia del delegado/a del comité Técnico Interdisciplinario del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o de la Dirección Nacional de Medicamentos del MSP, por lo que el juez en un primer momento suspendió la audiencia para el día 15 de marzo del 2022, sin embargo, luego, se identifica la Dra. Julia Humboldt Jiménez, Especialista de Selección de Medicamentos de la Dirección Nacional de Medicamentos de Dispositivos Médicos del Ministerio de Salud Pública, por lo que, finalmente, en este sentido no se suspendió la audiencia. Posteriormente, le Juez suspende la audiencia para que los delegados del IESS, el Abogado que ha comparecido en delegación del IESS, remita el informe para proceder a su análisis, y se continuará con el desarrollo de la audiencia, tal como lo refiere el párrafo 232 de la sentencia No. 679-18 JP/20, en donde los especialistas en la materia, deberán de realizar sus intervenciones, como el médico que prescribió el medicamento así como la delgada del MSP, por lo que es indispensable contar con el informe. – Posteriormente, comparece el Dr. Luis Linzán, del Comité Técnico Interdisciplinario del IESS. Comité de Farmacia y Terapéutica y de Declaración de Conflictos.

En la audiencia se escuchó a las partes procesales quienes indicaron:

**4.2.1. POR MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA**, se escuchó a su defensor técnica, quien en lo principal indicó lo siguiente: *"...El antecedente directo del presente caso como se expuso, consta en la historia clínica de la paciente No. 386345, que fue adjuntado se verifica que el 2 de marzo del 2021, corrijo la fecha, en un examen médico reveló que presentaba masa tumoral en la mama izquierda que ocupaba el 80% de la glándula mamaria de la hoy accionante, ella es una pensionista del IESS, su tratamiento médico es por cuenta de esta institución, en SOLCA núcleo Portoviejo, en donde recibió un 90% del tratamiento con quimioterapia y en mayo del 2021 se le realizó una mastectomía simple, evidenciándose carcinoma mixto con áreas lobulillar y ductuales infiltrantes. Para el 18 de noviembre de 2021 el Comité de Tumores de Solca, determina que según las guías y protocolos de tratamiento, la mejor y única opción para continuar con su tratamiento es que se le realice un tratamiento ICDK4/6 que no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos y se reseña en la historia clínica y en el formulario de contra referencia que se adjunta a la demanda, que por haber pacientes en el IESS con este tratamiento, se la contrarefiere a esta entidad (IESS). En la CONTRAREFERENCIA se indica que el tratamiento específico es RIBOCICLIB 3 TABLETAS DE 200MG CADA 21 DÍAS POR CADA MES hasta que se prescriba lo contrario. De esta manera el Hospital Oncológico Dr. Julio Villacreses Colmont, a través de su personal, en lugar de realizarse el trámite respectivo para la adquisición de la medicación que requería, conforme lo establecido en el Art. 25 del acuerdo ministerial 018-2021, que contiene las normas para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos-CNMB vigente, Reglamento que sustituyó al Acuerdo Ministerial 158 A que era antes de la actual sentencia de la jurisprudencia que regula el tema de adquisición de medicamentos para personas oncológicas*

*Sentencia 679 – 18 JP/20 y acumulados, el actual reglamento se expide con posterioridad a esta sentencia publicado en el Registro Oficial del 9 de noviembre del 2021, y en este Reglamento, su autoridad, se establece claramente cuál es el procedimiento que se debe de observar por las entidades que conforman las redes complementarias de salud, en el caso de prescripción de medicamentos en situaciones emergentes de salud, en esta caso es una situación emergente, que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos y este es un procedimiento que Solca no viene observando ya por mucho tiempo, y nosotros como Defensoría del Pueblo, hemos sido insistentes, que en esta temática no se está realizando el trámite administrativo que corresponde, y simplemente se le entrega a la paciente una contrareferencia derivándolo de SOLCA al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en este caso, al Hospital IESS de Portoviejo, en donde por no llegar con la documentación respectiva que establece la normativa no realiza mayor trámite administrativo, por lo tanto, la persona paciente oncológica en este caso, queda a la deriva, su autoridad, la prescripción. Nótese que es desde el 18 de noviembre del 2021, estamos marzo del 2022, y la señora Mercedes Moreira hasta el día de hoy no cuenta con el medicamento y ello ¿por qué? Porque justamente SOLCA, no realizó el trámite administrativo, establecido por el Ministerio de Salud Pública, para que se proceda a la adquisición del mismo. Y este procedimiento, su autoridad, se puede observar en los Art. 25, que deriva a los artículos 17 y 18 del Reglamento y el Art. 26, del Reglamento, en la demanda hemos hecho la transcripción respectiva y básicamente se establece que, en caso de los pacientes derivados desde la red pública integral de salud, a la red pública complementaria y los pacientes autoderivados con cobertura de la red pública integral de salud; los establecimientos de la red pública complementaria, como SOLCA, deberán de proceder conforme lo dispuesto en el Art. 17 y 18 del reglamento, es decir, remitir el informe técnico basado en evidencia, a la máxima autoridad y esta a su vez pone en conocimiento de la entidad que le brinda cobertura en este caso de SOLCA al IESS, y no remitieron el informe médico con la evidencia médica, esto dio lugar a que la hoy accionante no pueda acceder al medicamento. De esto observamos, su autoridad, que primero existe una omisión por parte de SOLCA, en la que no se observa la normativa vigente para lograr la autorización y posteriormente la adquisición de estos medicamentos que no constan en el CUADRO NACIONAL DE MEDICAMENTOS BÁSICOS, lo que evidentemente viola el derecho a acceder a medicamentos de calidad, de la hoy accionante. En cuanto a la vulneración en la que incurre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la Sra. Mercedes presenta el formulario, en consulta médica del 13 de enero del 2022, en el Hospital General de Portoviejo del IESS, por la Dra. Oncóloga Mariuxi Mendoza, esta le indica que el medicamento recomendado por el especialista de SOLCA, no consta en el cuadro indicado de medicamentos básicos, por lo que no hay stock en el hospital, y que iba a proceder a ingresarlo en el sistema para que se realice el trámite respectivo, pero había que esperar la autorización del MSP. Lo cierto es que, desde enero del 2022, estamos 10 de marzo del 2022, tampoco ha obtenido una respuesta efectiva, ante su necesidad de obtención del medicamento médico con el RIBOCICLIB, de aquí se nota su autoridad que no le dio el trato prioritario al cual tenía derecho la hoy accionante, en razón de padecer de una enfermedad catastrófica, además, tenemos pleno conocimiento que el Hospital General de Portoviejo del IESS al ser un hospital de segundo nivel, aunque realice el trámite no van a obtener autorización por cuanto ya se le ha informado por parte de la autoridad competente que al ser hospital de segundo nivel ellos no le dan autorización para la obtención del medicamento, esto es algo sistemático que se viene dando, y la persona no logra obtener el medicamento, por parte de SOLCA ni por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por lo que estamos ante una situación que amerita la tutela judicial efectiva inmediata, sobre todo porque en las mismas sentencias antes referidas se establece nuevamente que en caso de dictarse o establecerse el procedimiento administrativo no se va a hacer eficaz para la protección del derecho a obtener medicamentos eficaces, está plenamente abierta la posibilidad de que pueda acudir a esta sede constitucional, y que la autoridad en un procedimiento simplificado como el*

presente pueda determinar que el medicamento es de seguridad, calidad y eficaz para el tratamiento de la paciente. Nosotros partimos de la premisa que el medicamento es seguro y cuenta con registro sanitario. Hemos adjuntado al expediente, el detalle del registro sanitario que se obtiene de la página del ARCVSA, y es el 4538- MEE-0119, es decir, es un medicamento que la autoridad sanitaria ha establecido como de calidad, en cuanto a la calidad específica y eficacia el médico tratante y del comité de farmacoterapia ya establecieron que es la mejor vía y única posibilidad de tratamiento, la RIBOCIBLIB, por ello presumimos la prioridad, y que el medicamento es el indicado para el tratamiento integral de la hoy accionante, por ese motivo presentamos la acción de protección, al amparo del Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador, y Arts. 39 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, demostrando la violación del derecho a la salud, en la especie de acceder al medicamento de calidad, seguro y eficaces amparado en la normativa referida. Solicitamos a su autoridad, considerando la evidente vulneración del derecho, que en sentencia se declare la vulneración de los derechos antes mencionados, y como reparación integral pedimos por considerarlo lo más adecuado, que se disponga que SOLCA proceda de manera inmediata, a la adquisición y suministro de medicamentos, RIBOCIBLIB en la dosis y frecuencia prescrita por el médico tratante. Como medida de repetición solicitamos que en caso de prescripción de nuevos medicamentos para el tratamiento integral de la accionante, estos le sean suministrados de manera oportuna. Solicitamos que tanto el IESS como SOLCA le den las respectivas disculpas públicas, las cuales deberán de estar publicadas en la portada principal de la página web institucional. Y solicitamos también, se disponga que el IESS, dentro del término de 30 días, adopte las medidas adecuadas, incluso normativas para que dentro del convenio que mantiene con SOLCA como operador externo se garantice una adecuada observancia del trámite para la obtención de los medicamentos necesarios dentro del cuadro nacional de medicamentos básicos, esto es, porque se están dando bastantes casos que por mes se están presentando de 3 a 4 demandas, y se requiere una tutela integral para que esta situación no se vuelva a repetir, ya existe jurisprudencia de la Corte Constitucional, el nuevo acuerdo ministerial, con lo cual se debió de haber solucionado esta problemática, pero se sigue dando justamente por la inobservancia del trámite administrativo para obtener la orden de adquisición del medicamento, de la medicación que no consta en el cuadro de medicamentos básicos..."

**4.2.2.- POR SOLCA,** se escuchó a su defensora técnica, quien en lo principal indicó lo siguiente: "...En nombre de la representación de la Dra. Ruth Rivera de Zambrano, presidente de Solca-Manabí Núcleo de Portoviejo, soy la Abogada Idalina Mera Vera, comparecemos a esta diligencia y presentamos la contestación de la misma, de esta demanda, en los siguientes términos: Rechazo rotundamente las alegaciones expuestas por el abogado de la defensoría del pueblo, en cuanto a que SOLCA ha cometido una inobservancia y ha soslayado el derecho concerniente a la salud como lo prevé el Art.32 de la Constitución de la República del Ecuador Art.50, en cuanto al derecho a que tengan acceso a la atención prioritaria y de calidad, con calidez aquellos pacientes que padecen de una enfermedad oncológica como es el cáncer; SOLCA Manabí Núcleo Portoviejo, apegado a los principios y derechos constitucionales y demás estamentos normativos emitido por el ente rector del Ministerio de Salud Pública y amparado en el convenio que mantiene con la seguridad social atiende a los pacientes, pero nuestra capacidad resolutive no nos permite conforme el acuerdo ministerial publicado en el registro oficial suplemento 573 del 9 de noviembre del 2021 No. 0018-2021, donde constan los lineamientos para aquellos medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos como es el caso que hoy nos ocupa. Solca-Manabí núcleo Portoviejo, al no tener la capacidad resolutive contrarefiere a la paciente al IESS con un documento legal, porque esta contra referencia lo refiere el MSP que, es un documento que nosotros adoptamos como institución para no soslayar el derecho que requiera la paciente en tener un medicamento y un acceso a un

tratamiento justo, prioritario y una atención médica oncológica integral, pero, resulta que como no está en el cuadro nacional de medicamentos básicos, el IESS tuvo la oportunidad de realizar la gestión pertinente, como lo bien lo dice el abogado en su demanda, que el día 13 de enero de 2022 la paciente tuvo cita en el IESS y que la Dra. Mariuxi Mendoza, especialista general del hospital del IESS le dice que no tiene el medicamento en la farmacia y que debe esperar el pronunciamiento del MSP. El IESS como responsable directo de la paciente, por gozar de la seguridad social, sí tenía conocimiento y consta en la derivación que hace SOLCA, el tratamiento a seguir, previo a la valoración del médico oncóloga, mal podría SOLCA detener a la paciente y no brindarle ninguna atención médica, pero, nosotros sí le hemos dado la atención médica, ¿Dónde está la vulneración de derechos? No le estamos coartando el derecho a que tengan una atención médica, estamos derivándole a la paciente, contraderivando y haciéndole conocer al responsable directo la problemática que hay, conforme lo establece el Art. 369 de la Constitución que dice: "El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud." Efectivamente apegado a este artículo, apegados a los principios que recoge el Art. 367, Art. 370 y lo preceptuado en el Art.6 del reglamento para la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro básico, el abogado de la defensoría del pueblo manifiesta que el IESS no tiene la capacidad resolutive para adquirir un medicamento porque son de segundo nivel y que SOLCA sí la tiene por ser de tercer nivel, ellos si lo dicen, la misma normativa lo dice, todos estos preceptos y este reglamento que lo dispuso la Corte Constitucional son de obligatoriedad para las partes, no solamente para Solca que actúa en este momento como red complementaria, nosotros no pertenecemos a la red directa, RPIS pero, actuamos como red complementaria de salud basados en un convenio que lamentablemente la política pública en salud emite sus lineamientos y que debemos seguir es por eso que no podemos entregar un medicamento que no consta en el cuadro básico y mucho más nuestro médico tratante le ha manifestado en la hoja de contra referencia que el IESS tiene este paciente que están accediendo su tratamiento oncológico como el RIBOCICLIB que hoy se reclama, pero, no hay en stock también de la farmacia, el IESS tiene la potestad conforme lo establece la sentencia emitida por la Corte Constitucional 679-18-JP/20 y acumulados en la página 17, que dice: el RESPONSABLE DIRECTO. (LEE) Parágrafo 59.- El obligado para garantizar el ejercicio de derecho a medicamentos de calidad, seguro y eficaces es el estado, el estado a través de la RPIS formada por el conjunto de instituciones públicas que prestan servicios de salud a las que se le conoce como subsistema de salud integrada por el MSP, por el IESS, ISSPOL y el ISSFA y demás redes complementarias, nosotros estamos como red complementaria, pero, la capacidad resolutive para pedir un medicamento que no consta en el cuadro básico es responsabilidad del estado, y a su vez de esta institución del IESS como responsable directo de la paciente, no existe ninguna vulneración de derechos a la salud conforme lo he evidenciado de la defensoría del pueblo, sí se le ha atendido a la paciente, con el solo hecho de contrareferirle le estamos brindando a la paciente, una oportunidad para que vaya al IESS como responsable directo y haga las gestiones pertinentes, en la contrareferencia consta el medicamento y cuál es su medicación, cómo debería tomarlo la paciente, hasta aquí mi intervención, me reservo el derecho de una segunda intervención..."

**4.2.3.** En representación de la parte accionada, **INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL**, se escuchó a su abogado defensor, quien en lo principal manifestó: "...Soy el Abogado Jorge Isaac Balda Valdiviezo, ofreciendo poder y ratificación del Dr. Eduardo Intriago Loor, Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, quien de conformidad al Art. 38 de la Ley de Seguridad Social, ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial en esta Dirección de Manabí (...) Señor Juez, en este estado de la audiencia, me permito dar contestación de la demanda, en los

siguientes términos, esta defensa rechaza lo manifestado por la Defensoría del Pueblo, en cuanto a que el IESS ha incurrido en la violación de derechos constitucionales, por la omisión en la no adquisición de medicamentos que se le ha prescrito por parte del prestador externo de Salud, SOLCA MANABÍ, Núcleo de Portoviejo. ¿Por qué rechazamos señor juez? Hay que tener en cuenta, señor juez, que, para que se incurra en una omisión, el auto Guillermo Cabanellas en su diccionario elemental ha señalado que la omisión es dejar de hacer algo, señor juez, mi representada no ha dejado de hacer algo, no ha incurrido en omisión alguna, primero, porque se ha presentado un formulario, dice la parte accionante y la defensoría del pueblo, que no consta, ni tienen ningún recibido, ese formulario, no consta ningún recibido por parte del IESS, puede observar dentro del expediente, no consta ningún recibido ni se lo ha entregado, de verdad desconozco pero revisé el documento y no consta ningún recibido. Segundo, se ha señalado que la Dra. Mariuxi Mendoza le atendió, a la accionante en la cual ella indica que se le informó a la accionante, que deben de esperar la autorización del Ministerio de Salud, lógico esto se le indicó si se le indicó por parte del médico, porque el procedimiento emitido por el Ministerio de Salud Pública, como órgano rector de la Salud, lo ha establecido, porque para obtener un medicamento que se encuentra fuera del cuadro nacional de medicamentos básicos se necesita la autorización por parte del Ministerio de Salud Pública, previa solicitud por parte del médico prescriptor que pertenece al hospital de SOLCA, claro eso, si se le indicó a la accionante es porque ese es el procedimiento, no es porque ha incurrido en alguna omisión, mi representada, si le manifestó, la Dra. Mariuxi Mendoza, es porque ese es el procedimiento y si SOLCA no remite los informes médicos en el cual se debe de evidenciar el tema científico y elaborar la solicitud debidamente motivada por parte del Comité Farmacoterapia en SOLCA, y en el expediente no consta y tampoco existe documento alguno que evidencie que se ha remitido informes médicos todo lo que señala el Art. 25 del Acuerdo Ministerial 0018-2021 que es el reglamento para la autorización de adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos y señala el Art. 25, para que su autoridad tenga conocimiento, señala que en el caso de pacientes derivados de la Red Pública Integral de Salud a la que pertenece el IESS, a la Red de Salud Pública complementaria, a la que pertenece SOLCA, pacientes autoderivados con cobertura de Red Pública Integral de Salud, el establecimiento de Salud de la Red Complementaria, a la que pertenece SOLCA, deberán proceder conforme a lo dispuesto en lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de este Reglamento, eso lo señala el Reglamento 0018-2021, y dice: "El Comité de Farmacoterapia del establecimiento de salud de la Red Pública Complementaria deberá remitir la solicitud con el informe técnico basado en evidencia a la máxima autoridad del establecimiento de salud, caso contrario, se informará al médico especialista prescriptor que la solicitud no es procedente; y, en este caso no se ha evidenciado que se haya emitido y presentado por parte de SOLCA, una solicitud debidamente motivada y con evidencia científica. Qué dice el Art. 17, del referido acuerdo: "El médico especialista prescriptor que considere necesario adquirir un medicamento que no consta en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos, vigente para casos no emergentes, presentará al Comité de Fármaco Terapia del respectivo establecimiento de salud, una solicitud motivada y suscrita en la que justifique clínicamente por qué no iniciar o continuar con el medicamento que no consta en el CNMB vigente; así como, el consentimiento informado suscrito por el paciente conforme a la normativa emitida para el efecto y las preguntas adicionales, suscrito por dicho profesional de la salud y el paciente o su representante legal. La solicitud deberá realizarse por cada paciente, medicamento y diagnóstico y, será responsabilidad del médico especialista prescriptor los criterios de selección del medicamento, así como, los objetivos terapéuticos que motivan la solicitud. – Este artículo señala claramente cuál es el procedimiento que SOLCA tenía que haber realizado y no lo ha realizado, no podrá justificar, toda vez que no ha presentado ninguna solicitud, en el Hospital General de Portoviejo. El Artículo 18, claramente también señala, que el Comité de Fármaco terapia del respectivo establecimiento de salud de la Red Pública Integral de Salud, analizará la solicitud eso le corresponde al IESS y no existe solicitud presentada por

parte de SOLCA, el formulario de contrareferencia, no es documento, ni tampoco usted podrá observar ni consta un informe debidamente motivado, el formulario de contrareferencia, no es el documento idóneo y legal para realizar el procedimiento de autorización de medicamentos, no es el documento, es el ANEXO 1, el ANEXO 2, perdón, el cual debe de estar suscrito por el médico prescriptor y los integrantes del Comité y por ende el representante legal, pero, usted podrá verificar que en el formulario que se ha anexado por parte de la Defensoría del Pueblo, no es el documento que ha indicado el Ministerio de Salud, aquí claramente es capaz de violar el derecho a medicamentos, también viola el derecho al debido proceso, por no haber realizado el procedimiento que establece el propio Ministerio de Salud Pública, el Art. 18 continua y dice: "...y elaborará un informe técnico con base a evidencia científica (anexo 3)", no se ha presentado anexo en el IESS, "...que incluirá criterios de eficacia y seguridad centrados en variables clínicamente relevantes capaces de mejorar la calidad de vida del paciente, las actividades de la vida diaria, reducir las complicaciones de la condición de salud, reducir la probabilidad de hospitalización o evitar la muerte, así como, los insumos para el análisis del impacto presupuestario. Dicho informe deberá estar foliado y suscrito por los miembros del Comité de Fármaco Terapia." Usted podrá observar que es formulario de contrareferencia no está suscrito por el médico prescriptor y los miembros del Comité, sólo está suscrito por el médico prescriptor, toda vez que ese documento no lo puede firmar los miembros del Comité de Fármaco Terapia porque no es el documento para solicitar la autorización de adquisición de medicamentos, pero, es el formulario de contrareferencia más no el documento para solicita la autorización de adquisición de medicamentos que se encuentran fuera del cuadro nacional de medicamentos básicos, y claramente señor juez, con esto se evidencia, que quien omite realizar el procedimiento y consecuentemente, es SOLCA, por no revisar el procedimiento que ha señalado el propio Ministerio de Salud Pública, es importante señalar señor Juez que SOLCA, y rechazo rotundamente lo señalado, que no tiene la capacidad resolutive, ni tampoco pueden realizar la gestión para solicitar la autorización de medicamentos, señor Juez la propia Corte Constitucional, en la sentencia 679-18-JP-20 y acumulados, en el numeral 59 que la abogada dio lectura, claramente señala lo siguiente, el obligado para garantizar el ejercicio al derecho a medicamentos de calidad, seguro y eficaces es el estado, el estado actúa a través de la Red Pública Integral de Salud conformada por el conjunto de instituciones públicas que prestan servicios de salud y a las que se le conoce como subsistema de salud integrada por el MSP, el IESS, ISSPOL y el ISSFA y la red complementaria de salud, aquí señala claramente la Corte Constitucional, que la red complementaria de salud también tiene la obligación de garantizar el acceso a medicamentos de los afiliados, o de los pacientes que lleguen a conocimiento y reciben atención, en SOLCA, pertenece a la red complementaria de salud, y no podrá alegar que el IESS de conformidad con el Art. 370, que era la responsable de las prestaciones si la actual Corte Constitucional ha señalado que también el obligado para garantizar el acceso a medicamentos es SOLCA, quien no ha realizado el procedimiento que se ha establecido para el efecto, no se puede desligar de una responsabilidad, cuando SOLCA debía de haber hecho el procedimiento que el propio Ministerio de Salud Pública lo ha establecido y no se podrá negar tampoco señor juez, por parte de SOLCA que el Ministerio de Salud Pública, que no realizan ese procedimiento porque el Ministerio de Salud Pública no le otorguen autorización, no, no se puede justificar dichas alegaciones con esas alegaciones toda vez que debían de haber realizado el procedimiento, señores jueces, si el Ministerio de Salud Pública no les autoriza, ahí sí, no existiría una violación de derechos constitucionales por parte de SOLCA sino por parte del Ministerio de Salud Pública porque no le han tramitado la solicitud, bueno hay que ver si se ha cumplido también con la documentación y demás, requisitos para el efecto, porque puede pasar que no la autorizan porque no cumplen con el debido proceso con toda la documentación que deben de remitir. Para que tenga conocimiento, señor juez, el Hospital General de Portoviejo, derivó a SOLCA, toda vez que es una unidad médica de segundo nivel de atención, que no le permite el Ministerio de Salud Pública darnos

(sic) solicitar la autorización de adquisición para este tipo de medicamentos, porque somos unidades de segundo nivel de atención y por esta razón el IESS, ante esa necesidad, contrató los servicios especializados por parte de SOLCA, ¿por qué? Porque es una unidad de tercer nivel, que están especializados para otorgar una atención integral, a los afiliados, es decir, que debe de realizar el procedimiento, de la adquisición de este medicamento. No se puede tener al paciente, vaya al IESS, porque el IESS es su aseguradora, para que adquiera el medicamento, se debió de realizar el procedimiento. Qué dice el señor juez de la Corte Constitucional, en el numeral "61. El profesional de la salud del sector público y de la red complementaria de salud que prescribe medicamentos, (ojo abro paréntesis, quien prescribió el medicamento es SOLCA) ocupa un rol importante en el acceso a medicamentos. El prescriptor de medicamentos es quien tiene contacto directo con las personas pacientes, diagnostica, identifica la necesidad de medicamentos, tiene el deber de informar de forma integral al paciente para que tome decisiones libres e informadas, prescribe y tiene (ojo) la capacidad de solicitar a las autoridades competentes la obtención del medicamento". Es decir, tanto el acuerdo ministerial 18-2021 como la sentencia 679, le obliga a SOLCA que realice el procedimiento de autorización de adquisición de este medicamento, no se puede deslindar de responsabilidad, y decir que es el IESS, porque es la aseguradora el IESS debe cumplir, no es así, señor juez, para eso existe nuestro ordenamiento jurídico, y debe de ser respetado por todas las personas naturales o jurídicas, y debió de realizar el procedimiento, que se encuentra debidamente normado, es un procedimiento que se lo está inventando, se encuentra tipificado, dicho acuerdo pertenece a nuestro ordenamiento jurídico y debe de ser cumplido por las entidades que señala el mismo acuerdo y en este caso SOLCA, señor juez, para que usted conozca, voy a ingresar varias pruebas como es los certificados de permiso de funcionamiento, tanto de SOLCA como del IESS, del cual se determina cuál es el nivel de atención de cada uno. Así mismo, el Convenio de Prestación de Servicio de Salud, suscrito entre el IESS y SOLCA, con la finalidad de que su autoridad conozca por qué SOLCA está demandado cuando ya lo conoce y por qué forma parte de esta acción de protección, toda vez que es nuestro prestador externo de salud. Señor Juez, para que quede claro, mi representada no se está deslindando de responsabilidad. Nosotros, si tuviéramos esa capacidad resolutoria o tuviéramos ese nivel de atención, con una gama de especialistas que lo tiene SOLCA, nosotros hubiéramos brindado una atención integral al paciente. Si hubiéramos sido de tercer nivel, realizábamos la solicitud de autorización de adquisición de este medicamento, pero, como no nos permite, la norma, claramente señala que es el médico prescriptor, quien tiene la capacidad legal para solicitar la autorización de este medicamento debe de realizarlo SOLCA, Sr. Juez, lo ha manifestado la Defensoría del Pueblo, es importante que SOLCA adquiera este medicamento, para que el paciente no esté de un lugar a otro. ¿Por qué?, porque está obligado legalmente SOLCA a adquirir este medicamento. Y ha señalado la defensa de SOLCA que se han adquirido otros medicamentos. Este medicamento por parte del IESS se lo ha adquirido en los casos en los que los jueces han determinado que existe vulneración por parte del IESS, y no han observado también cuál es el procedimiento que dice la norma por eso se lo ha adquirido, no porque tenemos en stock porque este medicamento no se lo puede tener en stock, toda vez que hay que realizar un procedimiento. Aclaro si el IESS ha atendido a pacientes y ha suministrado este medicamento es porque ha existido una decisión judicial en la cual se determinó que existió una vulneración de derechos constitucionales, pero, asimismo de acuerdo a lo que establece el acuerdo ministerial se ha administrado justicia en esos casos, que el IESS adquiera porque es la aseguradora, porque legalmente no se lo puede realizar de esa forma, porque existe un procedimiento claro, que se debe de observar por todas las personas naturales o jurídicas y por ende la administración de justicia, señor juez, por este medicamento que adquiere SOLCA, el IESS cancela esos valores, el IESS, no es que SOLCA adquiere, bueno, lo asume es responsabilidad de él, nosotros pagamos por ese medicamento que adquiere, entonces, yo me acojo a la solicitud por parte de la Defensoría del Pueblo, que sea SOLCA que adquiera el medicamento, y por ende el IESS cancele, una



vez que justifique la adquisición y suministro dentro del término que establece el mismo Ministerio de Salud de 45 días, para cancelar los valores, una vez que se haya realizado la auditoría médica, la pertinencia documental, estoy de acuerdo con lo manifestado en ese sentido la defensa técnica de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, señor Juez una vez que se ha podido evidenciar por parte de mi representada que no existe violación de derechos constitucionales, toda vez que se ha señalado, se ha presentado las pruebas y se ha alegado la norma solicito que se estudie al IESS y de así considerarlo, su autoridad, toda vez que no se ha vulnerado el derecho constitucional y se disponga a SOLCA la adquisición y suministro del medicamento que el hoy accionante requiere, en virtud que es el obligado legalmente a prescribir este tipo de medicamentos, pues, quien prescribe en quien tiene la capacidad de solicitar la autorización y adquisición de este tipo de medicamento, de conformidad al Art.40, en lo que respecta al IESS se le declare la improcedencia de esta acción, toda vez que no existe ninguna omisión de parte de mi representada. Así mismo, de conformidad al art.42 numeral 1 de la ley orgánica y garantías jurisdiccionales y control constitucional se declare la improcedencia de esta acción en cuanto al IESS y se disponga a SOLCA la adquisición y suministro del medicamento para garantizar los derechos del afiliado toda vez se encuentra siendo atendido en SOLCA, porque al disponer que sea el IESS que adquiera eso es una travesía porque el accionante se encuentra atendándose en Solca y lo más adecuado y la celeridad para la hoy accionante es que SOLCA adquiera el medicamento.-

**4.2.4.-** En representación del **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA**, DR. JAVIER ARMANDO MENDOZA MENDOZA, quien actúa en nombre y representación del Ministerio de Salud Pública a través de su máxima autoridad la Dra. Ximena Garzón Villalba: *"...En esta audiencia de protección no somos parte accionada, pero cumpliendo la disposición de su autoridad, en concurrir en esta audiencia, la Dirección Nacional de Medicamentos del Ministerio de Salud Pública, es la que se encuentra también conectada para absolver en temas eminentemente relacionados, por la parte técnica con el tema que se está evacuando en esta audiencia de protección, no siendo parte accionada reservamos el derecho de no aportar otro tema, que solamente sea el cual usted nos designe señor magistrado, hasta aquí nuestra intervención y queda la dirección nacional de medicamentos del Ministerio de Salud Pública para atenderlo, devuelvo la palabra..."*

**4.2.5.-**En representación de la parte accionada, **PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO**, comparece la Abg. Fray Renán Zambrano, quien en lo principal manifestó: *"... Solicito señor juez 3 días término para legitimar mi intervención en esta audiencia constitucional, nosotros nos encontramos presentes en base a lo determinado a los artículos 3 y 5 literal c) de nuestra ley orgánica, de la Procuraduría General del Estado, en calidad de supervisor de esta audiencia, toda vez la misma se trata de un acto bastante humanitario, no es posible que una persona que padece de una enfermedad que es tan difícil, si se puede llamar, tenga que llegar a estas instancias para poder reclamar sus medicamentos y poderse los suministrar, en ese sentido, señor juez, la Procuraduría General del Estado, solicita que su sentencia sea apegada a derecho pues y se dé la razón a quien tenga y que la institución que tenga suministrar el medicamento lo haga de la manera más ágil, para que de esta manera, quien la necesita que, es la actora de esta audiencia y demanda constitucional se le administre de la manera más rápida, más eficaz y eficiente, es todo lo que nosotros podemos manifestar a nombre de la procuraduría general del estado en esta audiencia constitucional..."* -

#### **4.2.6.- SE LLAMA A LA SRA. MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA:**

**1.-** ¿El paciente ha contado o cuenta con información integral y libre, consciente en el tratamiento? R.- *"...Sí, señor Juez."*

2.- ¿Qué le han referido a usted, sobre el efecto terapéutico de medicamento, si este puede cumplir las expectativas, de usted, como paciente? R.- *"Sí, señor Juez, para mejorar mi calidad de vida"*

**4.2.7.- SE LLAMA A RENDIR INFORME AL DR. LUIS VCENTE LINZÁN VILLAVICENCIO**, del Comité Técnico Interdisciplinario del IESS. la Dirección Nacional de Medicamentos del MSP, quien, luego de ser juramentado, en lo principal ante las preguntas respondió:

1.- ¿Usted, como doctor, le ha proporcionado al paciente la información integral y libre, consciente en el tratamiento a la hoy accionante? R.- *"...A ella se le ha dado la información por parte del médico tratante, nosotros hemos sido la entidad receptora, al IESS, en la cual se la ha explicado la situación, sobre la medicación que ella ha solicitado, de ahí nosotros no tenemos conocimiento real de la historia clínica de ella, igual, no tenemos algo para basarnos en lo que es la calidad, seguridad y eficacia, que ella pueda tener por ese medicamento, porque yo no soy el médico tratante."*

2.- Se ha emitido un informe técnico dentro del cual consta su firma electrónica, ha vertido cierta información en ese informe técnico, bajo estas puntualizaciones, usted no puede indicar ¿El efecto terapéutico del medicamento, puede cumplir las expectativas del paciente? R.- *"La constitución, la tendría que hacer a la oncóloga del hospital, pero igual, le vuelvo y le repito no tenemos un informe o experiencia en el uso de pacientes en la patología de la señora, Mercedes..."* *"Es importante recalcar que si bien la Sra. Ha tenido su atención acá, lo que tenemos que ver es que al ser un medicamento que está en un hospital de tercer nivel, nosotros no tenemos la experiencia porque, es de segundo nivel, no, nos manejamos con eso, pero, ellos, la institución, como tal, el médico debe de saber, que hay la Resolución 0018 del 2021, en la cual, consta el Reglamento para acceder a la adquisición de la medicación de estos medicamentos que están fuera del cuadro de medicamentos básicos, entonces, es importante recalcar esto de aquí, porque como es el caso la Sra. Moreira Barrezueta."*

3.- ¿Usted, con su experiencia, podría indicar si puede suministrar información que permita precisar si el medicamento por ser las particularidades, que conlleven a la finalidad del tratamiento de la paciente a su calidad, a su seguridad, y a su eficacia, o no Dr.?

R. *"...No tengo ninguna información sobre el medicamento..."* *"Sobre el informe (consta a fojas 66) indica, que, si hay estudios en los que se ha demostrado buenos resultados, pero, vuelvo y le repito que sería ideal, que el médico tratante que es quien maneja todo acá, podría dar acá según la experiencia que haya tenido, con otro tipo de pacientes, este tipo de medicamentos."*

**4.2.8.- SE LLAMA A RENDIR INFORME AL MÉDICO TRATANTE MIGUEL HARO CEDEÑO:** Luego de realizar el Juramento de ley, en lo principal indicó: Ha sido imparcial respecto de la paciente, Mercedes Moreira; y, no posee ningún conflicto de intereses respecto de la prescripción del medicamento que ha prescrito.

1.- ¿Al paciente se le ha brindado la información integral y libre, consciente y voluntaria en el tratamiento? R.- *"...Sí le he dado la información general, al inicio, pero, una vez que ya obtenga el medicamento se le citará a una consulta para entrar en más detalles y hacerle los exámenes pertinentes al inicio y darle más información relacionada al medicamento..."*

2.- ¿Qué le han referido a usted, sobre el efecto terapéutico de medicamento, si este puede cumplir las expectativas, de usted, como paciente? R.- *"...Hoy en día sí, hay evidencia científica y se sabe que este medicamento es superior a la expectativa, es la mejor terapia que hay en pacientes con cáncer de mama avanzado, pulmonar, y VIH, eso es a nivel mundial y en muchos países desde hace 7"*

*años se utiliza este tratamiento para el cáncer de mama. No la investigación, porque esta se hizo hace más de una década, pero, desde hace 7 años que está probado en el mundo, como medida terapéutica para el cáncer de mama..."*

**3.-** ¿Dr. usted conoce o nos podría informar si la medicación que ha prescrito, posee registro sanitario para la indicación en el presente caso? **R.** *"...Estas moléculas tienen registro sanitario, para su uso, por parte del Ministerio de Salud Pública, desde hace algunos años, señor juez..."*

**4.-** ¿Dr., nos puede indicar si este medicamento puede presentar reacciones leves, o, no presenta reacciones, o, presenta reacciones graves de alguna manera, o, puede presentar reacciones fatales? **R.** *"...Todas ellas, como cualquier otro medicamento puede presentar efectos secundarios, o toxicidades secundarias, leves, moderadas, pueden incluso ser serias o fatales, pero, es mucho más seguro que el tratamiento de quimioterapia, dentro de los efectos la mayoría son leves, son manejables con medicación secundaria, pero, si comparamos un tratamiento de quimioterapia, es mucho más seguro, y mucho más eficiente y eficaz y logra mejores resultados.*

**5.-** ¿El medicamento puede mejorar la capacidad para ejercer otros derechos, en este caso de la paciente, como actividades de la vida diaria, favoreciendo la autonomía de la vida de la paciente, y la persona puede llegar a tener dependencia moderada o leve, según la escala de Barthel u otra escala equivalente? **R.** *"...El medicamento mejora considerablemente la vida del paciente, de hecho, en Europa la EMA que es el equivalente de la FDA le ha puntuado como el mejor nivel de evidencias, cinco que es la puntuación, más alta de la calidad de vida de la paciente, tan solo 8 semanas después de tomar el medicamento, se empiezan a ver sus efectos positivos y obviamente duplica la sobrevida global respecto de cualquier otro medicamento, por lo tanto, es un medicamento que mejora la calidad de vida, es seguro, tolerable, eficaz y es el estándar hoy en día, como lo mencioné, en el tratamiento en los pacientes..."*

**6.-** ¿El medicamento extiende en al menos 6 meses la sobrevida al paciente, comparado con la terapia habitual que incluye mejoras cuidado de soporte? **R.-** *"...Claro que sí, según los distintos estudios que tenemos de evidencias (sic) que es el máximo nivel de evidencia, este tratamiento, es por cerca de dos años, prolonga notablemente la celeridad del paciente, en pacientes pos menopáusicas en tratamientos de NOVO, supera los 4 años de sobrevida, en pacientes premenopáusicas, supera los 5 años de sobrevida en término medio; y, en pacientes que utilizan este tipo de fármacos, en relación con una quimioterapia, que lograrían solamente un máximo de 2 años de sobrevida, en este tipo de casos.*

**7.-** ¿En relación con la elegibilidad, la paciente cumple con los criterios de inclusión y de exclusión de ensayo clínico, primario, opivotal o mejor evidencia científica disponible o no cumple con estos criterios la paciente? **R.** *"...Digamos, cumple con los criterios de elegibilidad para el tratamiento, realmente (...) un ensayo de investigación no estamos haciendo en el país, pero, de los criterios de elegibilidad para el uso de este tipo de fármaco, ella los cumple perfectamente, siendo un cáncer de mama avanzado..., es el mejor escenario posible con este tipo de fármacos..."*

#### **4.2.9.- SE VUELVE A LLAMAR A LA SRA. MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA:**

**1.-** ¿El paciente ha proporcionado una información integral y libre, consciente en el tratamiento? **R.-** *"...Sí, señor Juez."*

**2.-** ¿Qué le han referido a usted, sobre el efecto terapéutico de medicamento, si este puede cumplir las expectativas, de usted, como paciente? **R.-** *"Sí, señor Juez, para prolongar mi calidad de*

vida"

**3.-** ¿En cuanto a la información usted ha hecho conocer y ha referido una información completa de su enfermedad y sus manifestaciones y sus causas, en cuanto al diagnóstico, es así doña Mercedes?

**R.-** *"...es lo que me dijo el médico tratante, sí señor juez..."*

**4.-** ¿Le dijeron en qué fase se encuentra su enfermedad? **R.-** *"... está en la fase cuatro, señor juez..."*

**5.-** ¿Le dijeron lo que iba a pasar con su enfermedad, según el pronóstico? **R.-** *"...mejorar mi calidad de vida, señor Juez?"*

**6.-** ¿Le dijeron si su tratamiento con el medicamento tiene un fin curativo o paleativo? **R.-** *"...paleativo, señor juez..."*

**7.-** ¿Le dijeron si había otros tratamientos sin medicamentos? **R.-** *"...No, señor..."*

**8.-** ¿Le dijeron sobre los efectos que iba a tener con el medicamento? **R.-** *"...Sí, señor juez..."*

**9.-** ¿Le hablaron sobre los costos o el costo del medicamento? **R.-** *"...Sí, señor juez también..."*

**10.-** ¿Le dijeron sobre los riesgos que iban a producir en su cuerpo el medicamento? **R.-** *"...Sí, señor juez..."*

**11.-** ¿Sabe usted qué pasa en su cuerpo si le dejan de dar el medicamento? **R.-** *"...Pues, me avanzaría la enfermedad..."*

**12.-** ¿Conoce si el medicamento empeora o mejora su capacidad para comer, moverse, cambiarse de ropa, o bañarse, ir al baño, entre otras actividades diarias? **R.-** *"...Mejora mi calidad de vida..."*

**13.-** ¿Cuándo le dieron la información fueron sensibles a su enfermedad, le atendieron a sus preguntas, fueron empáticos? **R.-** *"...Sí, señor juez..."*

**14.-** ¿Sabía usted que iba a requerir apoyo profesional, familiar o social? **R.-** *"...Por supuesto que sí, señor juez..."*

**15.-** ¿Cuál es el objetivo de usted, Sra. Mercedes al conseguir el medicamento? **R.-** *"...Bueno, es muy alto el costo de esta medicina como me dijo mi médico tratante, entonces, espero que con esto se me prolongue más mi calidad de vida..."*

**16.-** ¿Coincide lo que usted quiere con el medicamento puede llegar a brindarle, a hacer? **R.-** *"...Claro que sí..."*

**17.-** ¿Coincide lo que usted quiere con el medicamento puede llegar a brindarle, a hacer? **R.-** *"...Claro que sí..."*

**18.-** ¿Después de haberle otorgado la información necesaria, le preguntaron si usted podría someterse al tratamiento con este medicamento? **R.-** *"...Sí, señor juez..."*

**19.-** ¿Coincide lo que usted quiere con el medicamento puede llegar a brindarle, a hacer? **R.-** *"...Claro que sí..."*

**20.-** ¿Después de haberle otorgado la información necesaria le preguntaron si usted quería

someterse al tratamiento con este medicamento? **R.-** *"...Sí, señor juez ..."*

**21.-** ¿Le ofrecieron cuidado en cuanto atención integral o cuidados paliativos si no acepta el tratamiento con este medicamento? **R.-** *"...Bueno, yo hablé con el médico tratante y él me explicó muy bien todo lo necesario..."*

**22.-** ¿Usted desea realizar el tratamiento con este medicamento, sabiendo que es un tratamiento paliativo? **R.-** *"...Por supuesto que sí, señor juez..."*

**23.-** ¿Desea usted seguir con el tratamiento después de conocer los efectos que le puede causar el medicamento? **R.-** *"...Claro que sí..."*

**24.-** ¿Usted conoce o sabe, si el médico que le prescribió el tratamiento con este medicamento, tiene alguna relación con la empresa o persona que fabrica o que distribuye este medicamento? **R.-** *"...No, señor juez, no conozco..."*

**24.-** ¿Usted conoce si el medicamento, extiende la sobrevivida del paciente, en este caso, su sobrevivida, de al menos 6 meses o no puede ser evaluado en este tiempo hasta que no sea suministrado o al menos dos meses? **R.-** *"...Totalmente, sí señor juez..."*

**25.-** ¿Usted sabe, si cumple con todos los criterios de inclusión para el medicamento según el ensayo clínico? **R.-** *"...Sí, señor juez ..."*

#### **4.2.10.- SE VUELVE A LLAMAR AL SR. MIGUEL HARO CEDEÑO:**

**1.-** ¿El paciente tiene la información suficiente para tomar una decisión informada? **R.-** *"...Sí, señor juez. Al inicio se le plantea una visión de su escenario actual de progresión o recaída de la enfermedad, luego se le plantea las alternativas terapéuticas y se le ofrece la mejor alternativa terapéutica, en este caso la medicina, yo sé que hay unas (sic) se le informa sobre la tolerabilidad, la eficacia o seguridad y la calidad del medicamento, una vez que se obtiene el medicamento, se le pregunta al paciente ya en detalle, se hacen las explicaciones necesarias sobre los efectos secundarios que se pueden esperar y algunos exámenes que se deben de hacer al inicio, toda esta información se le brinda al paciente, que tiene el derecho a saberlo, y el médico tiene la obligación de informarles..."*

**2.-** En cuanto a las expectativas del paciente, ¿El efecto terapéutico del medicamento cumple con las expectativas del paciente? **R.-** *"...Indudablemente, porque lo que queremos con doña Mercedes Moreira, son dos cosas básicamente, es mejorar su calidad de vida y prolongar su sobrevivida, con el menor impacto posible, en su calidad de vida, obviamente. Obviamente que, como cualquier medicamento, tiene efectos adversos, pero, estamos ahí para mitigar esos efectos, y estar atentos a la evolución del paciente..."*

**3.-** En cuanto al registro sanitario, ¿Usted se ratifica en que el medicamento tiene registro sanitario? **R.-** *"...Sí, hay de estos medicamentos en el país, de momento dos, con registro sanitario y hay un tercero que entiendo, que, este año va a entrar y, pero, el medicamento en cuestión, aunque no tengo en este momento, tiene registro sanitario hace algunos años..."*

**4.-** En cuanto a la seguridad, ¿Qué reacciones presenta el medicamento? **R.-** *"...básicamente las dos más frecuentes son un cuadro de abstinencia, que es mejorable dándole las opciones de medicamentos, el paciente presenta un poco de debilidad, pero, temporalmente, no es un impacto frecuente; y, la otra es un poco de neutropenia, es decir, que se pueden bajar las defensas, pero no pone en riesgo*

mayormente la vida del paciente, porque también se lo maneja con medicación, que puede mejorar el sistema de defensas del paciente..."

**5.-** En cuanto a la eficacia, el medicamento mejora la calidad de vida global del paciente al menos un 50%, un 10%? **R.-** *"Mucho más que eso, en los cuestionarios de calidad de vida que se hicieron en los distintos estudios de ensayo, se llaman ensayos de Monalisa, para estos medicamentos, justamente, el impacto en la calidad de vida, es una de las cosas más importantes que informaba el paciente en los cuestionarios, más de un 90% del paciente reportaron beneficios en su calidad de vida principalmente, en lo que tiene que ver con el dolor, con una sensación de bienestar, básicamente eso fue lo que se reportó, en la mayoría de los cuestionarios de calidad de vida, que se indicaron en los ensayos..."*

**6.-** ¿El medicamento mejora la capacidad para ejercer otros derechos en la escala de Barthel, del 41 al 99, del 21 al 40, o, del 0 al 20? **R.-** *"...Realmente en los cuestionarios de calidad de vida... de la EMA, (...) equivalente al que está mencionando, se podría decir que la calidad de vida supera el 90%, según los ensayos..."*

**7.-** Usted conocía sobre la audiencia que tenía que efectuarse el día martes, 15 del presente mes, que usted estuvo en esta audiencia y se le notificó de manera oral, en la misma audiencia, sobre la reinstalación, ¿Qué motivo su inasistencia a dicha reinstalación? **R.-** *"...Si, pido disculpa por no estar presente en esa segunda audiencia, tengo un hijo de 8 años, que padece de autismo; y, esa semana iba a laborar, pero, por una atención y necesidad de él, todos estos días estoy saliendo de la ciudad, yo le había explicado a la Abogada Dorys que iba a intentar conectarme, pero, que si no lograba hacerlo, dejaba un informe técnico con todo lo relacionado con la paciente. Incluso he estado en otras audiencias similares con la misma situación del Fármaco, y más o menos había bosquejado esos audios, en tal sentido, entonces esa fue la justificación... pero, por estos motivos tuve que hacer un cambio de agenda y pedí un permiso laboral..."*

**RÉPLICA POR LA PARTE ACCIONANTE:** *"...Solo tres cosas puntuales, primero, de acuerdo a los criterios médicos que ha escuchado su autoridad, se ha determinado que el medicamento es de calidad para la paciente, por ende, le asistía el derecho a que le sea suministrado el mismo. Como segundo punto su señoría, la normativa es sumamente clara ante de la expedición de la sentencia 679-18-JP/20, de la Corte Constitucional, era todo un problema, pero, la sentencia vino a simplificar el procedimiento y el acuerdo ministerial que debió de haber sido observado por SOLCA, 1821, que contiene el reglamento para la autorización del medicamento que no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos, básicamente lo que hace es establecer a partir del artículo 25, 26 27 y 28 un procedimiento que guarda similitud con lo que dispone la Corte Constitucional para el caso, para las entidades que pertenecen a la red complementaria de salud en este caso, SOLCA, procedimiento que no fue observado, y es una omisión que está generando un gran inconveniente a nivel oncológico, que ocasiona que pierdan meses valiosos, para la continuación o inicio de su tratamiento, en el presente caso en que la prescripción del medicamento está desde noviembre y estamos marzo, en donde se tuvo que ir a plantear a una garantías jurisdicción para obtener la autorización y posterior adquisición del medicamento, cuando si se aplicaba el reglamento se hubiera podido obtener la autorización desde noviembre, y probablemente en el mes de diciembre se hubiera podido adquirir el medicamento, por lo que se confirma la omisión de SOLCA de realizar el procedimiento respectivo. Y como tercer punto, SOLCA interviene en el presente caso porque es un prestador externo del IESS, el IESS no puede deslindar su responsabilidad porque la entidad demandada como tal es el IESS, y tiene varias casas hospitalarias, prestadores externos, ya que cualquier acción u omisión en que incurra o que realice un prestador externo de él, también involucra responsabilidad del IESS sobre todo si no*

*ejerce un adecuado control en verificar si estos prestadores externos están o no brindando un servicio público de calidad conforme el artículo 369 y 370 de la Constitución, además, el Art. 11.9 de la misma, en donde se establece la responsabilidad del Estado, por parte de terceros que prestan a su nombre servicios públicos su señoría, en este sentido, considerando que en el presente caso existe vulneración de derechos constitucionales, que existe un problema estructural o local es que debe ser solucionado y por lo que solicitamos que se acepte la presente acción de protección, y que no solo se disponga una medida de reparación, que garantice el derecho de la hoy accionante, sino, también tendiente a garantizar que esta situación no se vuelva a repetir a otros pacientes..."*

**4.2.7.- RÉPLICA POR LA PARTE ACCIONADA, SOLCA:** *"...Solicito que se tenga en cuenta lo manifestado en la primera intervención de lo cual me ratifico en la misma, toda vez que Solca Manabí, núcleo Portoviejo, objetivamente atiende a la paciente como lo ha manifestado el médico tratante de Solca, el único propósito de nuestra participación en tener a la paciente aquí y después contra referirla es que tenga una calidad de vida y que no se vulneren los derechos en lo pertinente en la salud y al derecho que tiene en recibir una atención médica integral gratuita por parte del estado, la paciente hoy es afiliada a la seguridad social y como tal, como responsable directo de ella es que Solca Manabí una vez que no tenga la capacidad resolutive a pesar de que existan las normativas emitidas por el MSP, que muchas veces son imposibles cumplirlas porque se dilatan, el mismo ente rector dilata, y ya nosotros en años anteriores, no solo este medicamento sino otros medicamentos, enviábamos los anexos y demoraban 1 o 2 años, muchas veces cuando ya los pacientes no estaban ya con vida, rechazaban la petición que SOLCA hacía, el auge de las acciones de protección en donde los pacientes acuden a los órganos jurisdiccionales para exigir los derechos, pensamos, tanto el IESS, como SOLCA y el MSP, que iba a mejorar, pero, a mi parecer y que no es el caso que nos ocupa, pero, como abogada en el ejercicio del derecho, está muy escueto, hay muchas falencias, hay muchos más plazos ponen en la normativa que dilatan la obtención del medicamento que ponen en riesgo la salud del paciente, SOLCA Manabí Núcleo de Portoviejo lo que ha hecho es referir al paciente para que el responsable directo y el IESS tenga conocimiento y actúe en la obtención de este medicamento que desde el año pasado hasta la fecha no se ha hecho la obtención del medicamento, pertinente por parte el IESS, en aras, señor juez, de que usted aplique lo estamentos jurídicos, los derechos al paciente que le corresponden, en su resolución, solicito a usted, dos cosas que se observen nuestras pruebas y nuestras alegaciones como prestadores externos, pertenecientes a la RPIS y lo que dice el Acuerdo Ministerial 018-2021, en lo cual explica, yo lo leí la vez anterior, artículo 6, que no solamente porque SOLCA es una institución de Salud de Tercer Nivel, pueden obtener los medicamentos que no constan en el cuadro básico, al contra referirle porque es un documento legal, y que el mismo Ministerio de Salud Pública nos da, hacemos conocer y está en la contra referencia que el médico tratante da la prescripción médica, del medicamento, según el protocolo de atención médica que debe de seguir la paciente en esta línea de tratamiento. Y dos, que se conmine al IESS, a que como responsable directo adquiera el medicamento que hoy requiere la paciente en esta acción. Y, por último, señor juez, toda vez que el médico tratante ha presentado a usted, las disculpas por las que no compareció a la diligencia señalada anterior a ésta, por los motivos especiales y atención médica, solicito se revea la imposición de la multa..."*

**4.2.8.- RÉPLICA POR EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL:** *"...En este estado de la réplica, me permito señalar lo siguiente, rechazo parcialmente lo manifestado por Solca, en cuanto a que el IESS por ser la aseguradora del accionante es responsable de la violación de estos derechos constitucionales que se están debatiendo en esta acción de protección, rechazo toda vez que, primero no se puede deslindar de responsabilidad y se puede transferir una responsabilidad cometida directamente por Solca, no se puede transferir, las responsabilidades son individuales, no se puede*

responsabilizar alguna omisión en la que ha incurrido a un prestador externo cualquiera que éste sea, en este caso Solca, por el hecho que la constitución diga que el IESS es responsable de las prestaciones, no significa que sea responsable por las omisiones u acciones que incurran los prestadores externos o cualquier otra persona sea natural o jurídica, en este caso Solca, lo cual rechazo toda vez que no se ha señalado los hechos y no se ha demostrado las pruebas en la cual mi representada ha incurrido a una acción u omisión (...). - Señor juez, al momento en el que SOLCA presentó su formulario, de contrareferencia, no significa que mi representada hubiera incurrido en alguna omisión, porque usted podrá verificar en la norma, que para solicitar la autorización de adquisición de un medicamento de tercer nivel de atención, fuera del cuadro nacional de medicamentos básicos, no es con un formulario de contra referencia, no es el documento que ha establecido el Ministerio de Salud Pública, para solicitar la autorización de adquisición de este medicamento, que quede claro eso, que el documento de contra referencia, no es el documento para solicitar la autorización de adquisición de medicamentos, el Dr. Miguel Cedeño lo sabe, la Abg. Adalina Mera lo sabe, lo conoce, entonces, mal se podría alegar e inducir a un error judicial, señor juez, por parte de su autoridad en señalar que porque se remitió un formulario de contra referencia, el IESS, mi representada, es responsable de la no adquisición de este medicamento, toda vez que quien no observó el procedimiento preestablecido ha sido SOLCA y no se ha podido justificar que se haya anexado, valga la redundancia, el anexo dos del Acuerdo Ministerial 0018-2021, publicado en el Registro Oficial No. 573 de fecha 9 de noviembre del 2021, partiendo de eso se podrá observar claramente que el documento oficial para solicitar la adquisición de un medicamento fuera del cuadro nacional de medicamentos básicos, es el Anexo Dos, además no se ha presentado tampoco ante el IESS el consentimiento informado que dice el Anexo 7 del referido acuerdo en el cual se le pregunta a la paciente varios puntos, que son preguntas adicionales, del consentimiento informado, para la autorización de la obtención de medicamentos del cuadro nacional de medicamentos básicos, es decir, señor juez, no existe documentación dentro del expediente, ni ha aportado SOLCA, documentos en los cuales haya realizado el proceso, señor juez, le voy a indicar el escenario, para que mi representada pueda haber incurrido en alguna vulneración, si SOLCA presentó la documentación que dice el Acuerdo Ministerial y consta algún recibido por parte del IESS, a través de la Dirección Provincial del IESS Manabí, de la Coordinación Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud, y mi representada, a partir de la recepción de la documentación no haya hecho alguna gestión a través del Ministerio de Salud Pública, ahí sí incurriría en una violación de derechos constitucionales, por la omisión, esto es, que no haya realizado el procedimiento ante la autoridad que es el Ministerio de Salud Pública, porque de conformidad a lo que señala el Art. 18, del Acuerdo Ministerial 18-2021, mi representada está facultada para analizar la solicitud más no debe de elaborarla, porque el médico prescriptor tiene la obligación de suscribir el Anexo 2 y yo lo presenté como prueba, señor juez, en la cual SOLCA en ningún momento lo presentó, y la accionante tampoco lo presentó, entonces, de ahí se puede observar claramente la omisión en la cual ha incurrido SOLCA, en no haber realizado el procedimiento. La Defensoría del Pueblo, claramente lo señaló, que no realizó el procedimiento, señor juez, la Corte Constitucional claramente también lo ha dicho, el procedimiento, para realizar la adquisición de este medicamento, en su sentencia 679-18-JP/20 y acumulados, y ha señalado en el acápite 158, que los casos no emergentes que incluyen el tratamiento de enfermedades catastróficas y otras enfermedades, que no sea posible utilizar las alternativas terapéuticas del CNMB, vigente, y una vez establecida la necesidad del medicamento se seguirán los siguientes pasos: y dice numeral 1.- El médico prescriptor que considere que debe de adquirir un medicamento que no conste en el cuadro general de medicamentos básicos deberá de presentar una solicitud motivada al gerente o director del establecimiento de salud, de segundo o tercer nivel, debe ser una solicitud motivada no un formulario, que es el anexo es una solicitud en la cual se hayan agotado las atenciones terapéuticas, se hayan agotado todo, ahí en el informe dos, claramente se establece qué es lo que debe de ingresar,



qué es lo que debe de elaborar, el médico prescriptor, se establece una serie de parámetros, y en el expediente no consta ese formulario señor juez, más aún que haya sido recibido por mi representada, por lo cual solicito, toda vez que mi representada ha justificado normativamente, y ha justificado con pruebas, que no se ha incurrido en omisión por parte del IESS, solicito que se separe y se excluya al IESS en la vulneración de derechos constitucionales, porque se ha logrado justificar de conformidad al Art. 42 numeral 1 y solicito, señor juez, de conformidad al Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional numeral 4 Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:” “la acción de protección procede contra las personas que presten servicio público por delegación o concesión” y SOLCA presta un servicio público por delegación o concesión, señor juez, no es excusa de que el Ministerio de Salud Pública no atienda las solicitudes, SOLCA tenía que haber hecho el procedimiento, es decir, no hubiéramos sido demandados si SOLCA hubiera remitido la documentación, si hubiera remitido y el MIESS, la hubiera analizado, no la ha remitido, aquí el demandado hubiera sido el Ministerio de Salud Pública, pero, no es excusa de que no se atienden las solicitudes una vez que la remiten, porque aquí sería el responsable, el Ministerio de Salud Pública, y no SOLCA, ni el IESS, me ratifico en mi primera intervención, y solicito que SOLCA adquiera el medicamento, y que el IESS cancele los valores, porque por ley le corresponden...”

**4.2.8.- RÉPLICA POR LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO:** “...Como bien lo dije en mi primera intervención en esta audiencia constitucional, que su resolución sea apagada al derecho obligando a la institución que corresponda adquirir y facilitar el medicamento a la actora de esta audiencia constitucional, ya que con la salud de las personas no se puede jugar, en razón de que justamente para el bienestar de ellos; hoy día es la Sra. Mercedes Magalita Moreira, el día de mañana puede ser cualquiera de nosotros. En ese sentido, la Procuraduría General del Estado, solicita que su sentencia sea apegada al derecho y exigiendo a la institución de acuerdo a su análisis técnico, a la institución que le corresponda consiga este medicamento para que de esta manera sea suministrado a la actora de esta demanda constitucional, es todo en nombre de la procuraduría general del estado yo tengo que manifestar en esta audiencia constitucional, muchas gracias...”

**4.2.9. ÚLTIMA INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACCIONANTE:** “...Nada más que manifestar”

## **5.- DECISIÓN DEL JUEZ DEL PRIMER NIVEL. -**

“...OCTAVO.- En este orden, en aplicación de lo establecido por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 679-18-JP/20, y acumulados, de fecha 05 de agosto del 2020, corresponde analizar y determinar si el medicamento cuyo acceso es requerido a través de esta acción de protección, cumple con las condiciones de calidad, seguridad y eficacia que señala la Constitución de la República del Ecuador, para que se permita alcanzar el disfrute del más alto nivel posible de salud, y consecuentemente, se garantice el acceso a dicho medicamento. - A).- Así tenemos, que conforme señala el apartado 61 de la referida sentencia, “El profesional de la salud del sector público y de la red complementaria de salud que prescribe medicamentos ocupa un rol importante en el acceso a medicamentos. El prescriptor de medicamentos es quien tiene contacto directo con las personas pacientes, diagnostica, identifica la necesidad de medicamentos, tiene el deber de informar de forma integral al paciente para que tome decisiones libres e informadas, prescribe y tiene la capacidad de solicitar a las autoridades competentes la obtención del medicamento. De ahí que la prescripción es un acto fundamental en la satisfacción del derecho al acceso a medicamentos y la garantía de que estos sean de calidad, seguros y eficaces, en el contexto individual de cada paciente...”. Por su parte, el párrafo 99 de la sentencia constitucional No. 679-18JP/20, y acumulados, establece que: “El registro sanitario y la fármaco vigilancia activa y permanente por parte de la agencia de control son los

mecanismos para garantizar la calidad de un medicamento”, reiterando el apartado 104 que “Todo medicamento que tenga registro sanitario será considerado de calidad...”. En tal virtud, dado que medicamento RIBOCICLIB si cuenta con registro sanitario cuyo número es 4538-MEE-0119, lo cual también ha podido ser verificado por este Juzgador al ingresar a la página web de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia ARCSA (<https://www.controlsanitario.gob.ec>), e ingresar a la opción Consultor de Medicamentos ([permisosfuncionamiento.controlsanitario.gob.ec/consulta/index.php](https://permisosfuncionamiento.controlsanitario.gob.ec/consulta/index.php)). En consecuencia, observándose que el medicamento que ha sido prescrito a la señora MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA, por parte de su médico tratante, quien expresó dentro de la audiencia llevada a efecto en esta litis que el mismo si posee el registro sanitario correspondiente por parte del ARCSA, se establece que el mismo cumple con la condición de tratarse de un medicamento de calidad. B).- En relación a la condición de seguridad que debe cumplir el medicamento requerido, la referida sentencia constitucional No. 679-18-JP/20, y acumulados, en el ítem 116 determina que “La seguridad de los medicamentos ha sido considerada por la OMS como “fundamental para el cuidado de salud.” La OPS define la seguridad de un medicamento como “la característica de un medicamento que garantiza su uso con una probabilidad muy pequeña de causar reacciones adversas o efectos colaterales. Son excepciones las reacciones alérgicas y otras menos frecuentes, denominadas reacciones de idiosincrasia”; señalando además en el apartado 117 que “...Todo medicamento produce reacciones adversas y deben ser analizados caso por caso. Las reacciones adversas si son leves permiten considerar que el medicamento es seguro. Si las reacciones son graves y muy graves, y pueden empeorar la enfermedad o producir la muerte, entonces se considerará que el medicamento no es seguro. Para efectos prácticos, en cada caso, la seguridad se apreciará por la gravedad y frecuencia de los efectos del medicamento en el paciente...”. Así mismo, el ítem 322 establece también que “La seguridad del medicamento se apreciará por las reacciones que provoque en el paciente. Si las reacciones o eventos adversos son graves, severos o fatales, de acuerdo con los estándares de agencias reguladoras de alta vigilancia tales como la EMA o FDA (cuando publica alertas de seguridad o warning box). Si presenta reacciones fatales, se considerará que no cumple con el requisito de seguridad. Si son graves o severas, pero necesarias, y si presentan leves o no presentan, se considerará que cumple con el requisito de seguridad...”. En virtud de aquello, de la declaración rendida por el Dr. Miguel Cedeño Vera, Médico Oncólogo Clínico del Hospital de SOLCA, y médico tratante de la accionante, en la audiencia llevada a efecto en esta litis, dicho profesional, supo responder las siguientes preguntas: PREGUNTA DEL JUEZ: La paciente tiene información completa para tomar una decisión informada. RESPUESTA DEL MEDICO: Sí. PREGUNTA DEL JUEZ: El efecto terapéutico del medicamento cumple con las expectativas de la paciente. Respuesta del MEDICO: “...Hoy en día sí, dada a la evidencia científica se sabe que este medicamento es superior, es la mejor terapia que hay en pacientes con cáncer de mama avanzado hormonal, es un tratamiento a nivel mundial que en muchos países desde hace 7 años se utiliza esta molécula en el tratamiento del cáncer de mama, no en investigación porque la investigación se hizo hace más de una década pero desde hace 7 está probado en el mundo en distintas vías terapéuticas para el manejo de cáncer de mama avanzado...”. Juez: ¿Nos podría indicar si el medicamento presenta reacciones leves o no presenta reacción, o presenta reacciones graves, severas o puede presentar reacciones fatales? Dr. Miguel Cedeño: “Como cualquier otro medicamento puede presentar efectos secundarios o toxicidades secundarias leves, moderadas, o eventos adversos, pero es mucho más seguro en tratamiento con quimioterapia, dentro de los eventos adversos la mayoría son leves o manejables, pero si comparamos a un tratamiento con quimioterapia es mucho más seguro y mucho más eficiente y eficaz y logra mejores resultados”. Juez: ¿Doctor usted nos podría informar si el medicamento que se ha prescrito posee registro sanitario para la indicación del presente caso? Dr. Miguel Cedeño: “Si, estas moléculas tienen registro sanitario para la adquisición de su uso por parte del ministerio de salud pública”. Juez: ¿El medicamento puede mejorar la capacidad para ejercer otros derechos, en este caso

de la paciente como actividades de la vida diaria, favoreciendo la autonomía de vida de la paciente y la persona puede llegar a tener una dependencia moderada o leve, según la escala equivalente? Dr. Miguel Cedeño: "...El medicamento mejora notablemente la calidad de vida de la paciente, de hecho, en Europa la EMA que es inherente de la FDA le ha puntuado como el mejor nivel de evidencias sin cumplir la puntuación más alta que la calidad de la vida, tan solo con 8 semanas después al tomar el medicamento empiezan a ver efectos positivos por lo tanto el medicamento mejora la calidad de vida es seguro, tolerable y eficaz". Juez: ¿Usted nos podría indicar si el medicamento extiende en al menos 6 meses la sobrevida de la paciente comparada con la terapia habitual que incluye mejora y cuidado de soporte? Dr. Miguel Cedeño: "claro que sí, según a los distintos estudios que tenemos que son varios escritos, este tratamiento es por cerca de dos años y prolonga notablemente la celeridad del paciente, en pacientes post menopaúsicas supera los 4 años de sobrevida, en pacientes pre menopaúsicas supera los 5 años de sobrevida, en relación con una quimioterapia, pero el máximo es de dos años de sobrevida...". C.- En cuanto a la condición de eficacia, la sentencia constitucional No. 679-18JP/20, y acumulados, en el ítem 84 indica que "El acceso a un medicamento de calidad, seguro y eficaz debería mejorar las capacidades y potencialidades para que la vida de la persona con enfermedad sea lo más plena posible. El medicamento ofrecido debería permitir, mantener o incrementar la autonomía del paciente, su dignidad, su voluntad y capacidad para desarrollar su personalidad, el control de los síntomas relacionados con la enfermedad, las redes de apoyo, la solidaridad, la realización personal, los sentimientos de felicidad y de satisfacción. Las capacidades y potencialidades para la vida implican también, por ser parte sustancial de la misma, la consideración de una muerte natural digna, sin dolor ni padecimiento", en relación a lo cual, el apartado 118 indica que "La eficacia es la capacidad de una intervención para modificar favorablemente un síntoma, el pronóstico o el curso clínico de una enfermedad, en condiciones ideales de uso. La eficacia de un medicamento se mide por ensayos clínicos controlados, en los que se compara el curso clínico de diferentes grupos de pacientes tratados con distintas modalidades terapéuticas". Así mismo, el apartado 120 establece que "La eficacia, para fines del desarrollo del derecho al acceso a medicamentos, se compone de tres elementos: la mejora de la calidad de vida en estrecha relación con la autonomía, la extensión del tiempo de sobrevida y la elegibilidad", determinando los apartados 323 y 324 de la indicada sentencia que "La eficacia se valora con la mejora de la calidad de vida y con la autonomía de vida, la extensión del tiempo de sobrevida y la elegibilidad para la indicación judicializada", "La calidad de vida tiene estrecha relación con la autonomía y podrá valorarse en una escala validada con relación al ejercicio de derechos en la vida cotidiana, tales como alimentarse, vestirse, moverse, y realizar actividades que satisfacen necesidades para la sobrevivencia. Hay varias escalas para medir. Una de ellas es la de Barthel sobre el ejercicio de derechos en la vida diaria, que permite una forma fácil de apreciar el nivel del ejercicio de estos derechos; otra puede ser Karnofsky (estado funcional en enfermedades oncológicas) o ECOG (actividades de la vida diaria en pacientes con cáncer). Si en la escala de valores de Barthel el medicamento permite llegar o mantener una dependencia moderada o leve (41 a 60), se considerará que cumple el requisito. Si permite llegar o mantener una dependencia severa (21-40), la valoración se considerará también que cumple el requisito. Si el paciente, con o sin el medicamento, tiene una dependencia total (0-20), el medicamento se considera fútil. En estos casos se considerará que no cumple con el requisito de calidad de vida". De igual manera, el ítem 326, estipula que "La extensión de los días de sobrevida tiene relación con la posibilidad de que el medicamento extienda la vida del paciente comparado con los mejores cuidados disponibles. Si extiende 6 meses o más, cumpliría el requisito...". Finalmente, el apartado 327 de la sentencia constitucional en mención establece que "La elegibilidad tiene relación con las características que deben tener los pacientes, de acuerdo con los estudios de cada medicamento, para que tengan los efectos esperados. Tener la misma enfermedad no garantiza que el medicamento tenga el mismo resultado... Cada paciente "es un mundo". Enfermedades adicionales,

progresión de la enfermedad, edad, peso, alergias, fracaso a terapias previas y más variables pueden hacer que un paciente no sea elegible para determinado medicamento. La elegibilidad se aprecia con lo que se conoce como estudio primario o pivotal o con la mejor evidencia científica disponible. Esos estudios son de fácil acceso para quienes tienen conocimiento básico sobre medicamentos. Cuando coinciden las características de las personas demandantes con los criterios de inclusión y exclusión de los medicamentos judiciales, entonces la persona es elegible y puede ser incluida para que pueda recibir el medicamento". En virtud de aquello, el Dr. Miguel Cedeño Vera, Médico Oncólogo Clínico del Hospital de Solca Portoviejo, y médico tratante de la accionante, al rendir su declaración, expresó que, la mejor opción de tratamiento en base a las vías actuales para la paciente señora MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA, es RIBOCICLIB. De lo expuesto, se colige que, en el caso específico de la accionante: "cumple con los criterios de elegibilidad para el tratamiento". Juez: En cuanto a las expectativas del paciente ¿El efecto terapéutico del tratamiento cumple con las expectativas del paciente? Dr. Miguel Cedeño: "...indudablemente porque lo que queremos con la Sra. Mercedes Moreira son dos cosas básicamente, mejorar su calidad de vida y prolongar su sobrevivencia con el menor impacto posible de su calidad de vida, como cualquier medicamento tiene efectos adversos, pero estamos aquí para mitigar los efectos adversos y estar atentos a la reacción del paciente". D.- Conforme se indicó en considerandos anteriores, la Sentencia No. 679-18-JP/20, y acumulados, de fecha 05 de agosto del 2020, en su parte pertinente señala que "...La finalidad del derecho a la salud en general, y del acceso a medicamentos en particular, deberá ser el disfrute del más alto nivel de salud que puede ser entendido como parte de la realización de la *sumak kawsay* (buen vivir)...", indicando además el apartado 317 de dicha sentencia que "La finalidad: el disfrute del más alto nivel posible de salud se aprecia con: i) el consentimiento libre e informado sobre el tratamiento, sobre la base de información integral; ii) las expectativas del paciente en relación a lo que espera del tratamiento y el efecto terapéutico del medicamento". Por lo que, en relación a aquello, este Juzgador, en la reinstalación de la audiencia llevada a efecto el 17 de marzo del 2022, a las 08h30; procedió a realizar varias preguntas a la accionante MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA, con apoyo del cuestionario contenido en el Anexo 3 de la sentencia constitucional antes mencionada, en procura de determinar si la misma poseía toda la información necesaria sobre su diagnóstico, tratamiento y pronóstico, y así poder establecer su consentimiento libre e informado, sin embargo, se pudo establecer en ese momento que la legitimada activa, si contaba con la suficiente información sobre su condición y estado de salud, y la misma supo responder de la siguiente manera a las preguntas realizadas: "1.- ¿usted ha hecho conocer que ha referido una información neta de su enfermedad, y sus manifestaciones y causas en cuanto al diagnóstico, es así? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Todo lo que me dijo el médico tratante, sí. 2.- Juez: ¿Le dijeron en qué fase se encuentra su enfermedad? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: En la fase 4. 3.- Juez: ¿le dijeron que iba a pasar a futuro con su enfermedad del pronóstico? Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Mejorar mi calidad de vida. 5.- Juez ¿le dijeron si su tratamiento con medicamentos tiene un fin curativo o paliativo? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Paliativo, señor juez. 6.- Juez: ¿Le dijeron si había otros tratamientos sin medicamentos? Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: No. 7.- Juez: ¿Le dieron información sobre los efectos que iba a tener con el medicamento? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Sí, señor juez. 8.- Juez: ¿Le hablaron sobre el costo del medicamento? R//. Sí, señor juez. 9.- Juez: ¿Le dijeron sobre los riesgos y efectos que iba a producir en su cuerpo este medicamento? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Sí, señor juez. 10.- Juez: ¿Sabía usted que pasa si le dejan de dar el medicamento? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Pues me avanzaría la enfermedad. 11.- Juez: ¿Conocía usted si el medicamento mejora o empeora su capacidad para comer, moverse, caminar, cambiarse de ropa, ir al baño, entre otras actividades? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Mejora mi calidad de vida. 12.- Juez: ¿Cuándo le dieron la información fueron sensibles a su enfermedad, atendieron a sus preguntas y fueron empáticos? R//. Sra. Mercedes Moreira

Barrezueta: Sí, señor juez. 13.- Juez: ¿Sabía usted que iba a necesitar apoyo profesional, familiar o social?. R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Por supuesto que sí, señor juez. 14.- Juez: ¿Cuál es el objetivo de usted doña Mercedes al conseguir el medicamento? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: En realidad es muy alto el costo de esta medicina como lo dijo mi médico tratante entonces espero que con esto se me prolongue mi calidad de vida. 15.- Juez: ¿Coincide que lo que usted quiere con lo que el medicamento puede llegar hacer? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Claro que sí. 16.- Juez: Después de haberle otorgado la información necesaria, ¿le preguntaron si usted podía quería someterse al tratamiento con este medicamento? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Sí, señor juez. 17.- Juez: ¿Le ofrecieron cuidado en cuanto atención integral o cuidado paliativos si no acepta al tratamiento con este medicamento? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Bueno yo hablé con el médico tratante y él me explicó muy bien lo necesario. 18.- Juez: ¿Usted desea realizar el tratamiento con este medicamento, sabiendo que es un tratamiento paliativo? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Por supuesto que sí, señor juez. 19.- Juez: ¿Desea usted seguir con el tratamiento después de conocer los efectos que puede causar el medicamento? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Claro que sí. 20.- Juez: ¿Usted conoce o sabe si el médico que le prescribió el tratamiento con este medicamento, tiene alguna relación con la empresa o persona que fabrica o distribuye el medicamento? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: No, señor juez, no conozco. 21.- Juez: ¿usted conoce si el medicamento extiende la sobrevivencia del paciente, en este caso su sobrevivencia al menos 6 meses o no puede ser evaluado en este tiempo que no se haya suministrado o al menos 2 meses? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Realmente sí, señor juez. 22.- Juez: ¿usted sabe si cumple con todos los criterios de inclusión para el medicamento según el ensayo clínico? R//. Sra. Mercedes Moreira Barrezueta: Sí, señor juez.". Lo expuesto o las respuestas dadas por el especialista en medicina, en cuanto a la seguridad, calidad y eficacia del medicamento, guarda relación con el informe emitido por el Comité Técnico Interdisciplinario, el mismo que obra de autos desde fojas 66 a 70, en el que dentro de los beneficios del medicamento se indicó: "...Ribociclib sólido oral resultó eficaz en 3 estudios principales en mujeres con cáncer de mama avanzado que no había sido tratado anteriormente, las pacientes recibieron kisqali con letrozol (un inhibidor de la aromatasas) o placebo (un tratamiento ficticio) con letrozol. Las mujeres que tomaron kisqali vivieron por término medio 27,5 meses sin que su enfermedad empeorase, en comparación con 13,8 meses en el caso de las mujeres que recibieron un placebo...". En definitiva se ha demostrado que el medicamento prescrito a la paciente, en el caso médico en concreto, posee las características de seguridad, calidad y eficacia. NOVENO.- Adicionalmente, otro elemento a tener en cuenta, a efectos de determinar la procedencia de esta acción, es determinar si ha existido la dificultad o imposibilidad de acceder al medicamento requerido, en relación a lo cual, los apartados 168, 169 y 170 de la sentencia constitucional No. 679-18-JP/20, y acumulados, establecen que "Por regla general el acceso a medicamentos se lo hará de conformidad con lo previsto en el CNMB; si no consta en éste, se lo hará mediante los mecanismos previstos para los casos emergentes y no emergentes. Cuando, a criterio del titular del derecho, los mecanismos no sean eficaces por no dar respuestas oportunas a los requerimientos de medicamentos o se haya consumado una violación de derechos, se podrá demandar judicialmente. No es, pues, un requisito de admisibilidad demostrar que se ha agotado la vía administrativa (...) Cuando se presente una demanda judicial para exigir el derecho a medicamentos y se considere que hubo violación de derechos, el juez o jueza ordenará, mediante sentencia, la inmediata adquisición siempre que se garantice que los medicamentos son de calidad, seguros y eficaces, de conformidad con las reglas que constan en el acápite sobre la tutela efectiva e indicadores de acceso al derecho individual a medicamentos..."; así mismo, el acápite 237 de la indicada sentencia determina que "La persona demandante, si no tiene constancia documental sobre la dificultad o el no acceso a medicamentos, afirmará en la demanda que no se le ha dispensado el medicamento requerido. Se presumirá la dificultad o la falta de acceso a los medicamentos cuando la entidad pública accionada no demuestre

lo contrario". Al respecto, es menester indicar que, mediante Acuerdo Ministerial No. 18, el Ministerio de Salud Pública emitió el Reglamento Sustitutivo para Autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos – CNMB vigente, el cual en su artículo 9 indica que "El ingreso de solicitudes para evaluar la autorización de adquisición de medicamentos para enfermedades catastróficas, enfermedades raras y otras de baja prevalencia se realizará de manera trimestral, en los meses de enero, abril, julio y octubre"; mientras que, el artículo 8 del mismo señala que "Los establecimientos de salud de Tercer Nivel de Atención de la RPIS que requieran un medicamento que no conste en el CNMB vigente, en casos no considerados emergentes, remitirán la solicitud a la máxima autoridad en salud de cada institución de la RPIS. Las solicitudes deberán ser remitidas por esta autoridad a la Subsecretaría Nacional de Gobernanza de la Salud Pública o la instancia que hiciere sus veces, según el siguiente detalle: - Ministerio de Salud Pública - MSP: a través de las Coordinaciones Zonales... Se remitirá para ello todos los justificativos estipulados en el presente Reglamento". En concordancia con ello, el artículo 14 de dicho Reglamento estipula que "...Los criterios a considerar para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el CNMB vigente en casos no emergentes son: finalidad, calidad, seguridad y eficacia (anexo 5). Si el balance de estos criterios en relación a los resultados clínicos críticos e importantes esperados favorecen a la intervención, utilizando el marco del trabajo de la "Evidencia a la Decisión" (EtDGRADE), se autorizará el medicamento", y así en adelante la norma reglamentaria aludida regula el procedimiento que debe seguirse en casos como el presente, lo que, no se lo ha realizado. Por todo lo expuesto, se concluye que el Estado ecuatoriano a través del Hospital General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de Portoviejo y SOLCA MANABI – NUCLEO PORTOVIEJO, no han garantizado un tratamiento médico y atención médica integral a la accionante, vulnerando por tanto, los derechos constitucionales de la señora MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA, a las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria, a la salud, al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, a una vida digna y a la seguridad jurídica. Por todo lo expuesto: "...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", se admite la presente Acción de Protección planteada por el señor INTRIAGO ANDRADE JORGE FEDERICO, en contra del LA SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CANCER "SOLCA" MANABI NUCLEO PORTOVIEJO, en la persona de su representante legal Dra. Ruth Rivera de Zambrano, o quien ocupe dicho cargo actualmente, y en contra del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL IESS, mediante su representante el DIRECTOR GENERAL DEL IESS, en la persona de Nelson Guillermo García Tapia o a quien haga sus veces, toda vez que se han vulnerado los citados derechos, de acuerdo a la motivación realizada a lo largo de esta resolución. MEDIDA DE REPARACIÓN INTEGRAL: En virtud de lo resuelto, de acuerdo a lo establecido en los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como MEDIDAS DE REPARACION, se dispone que: 1).- LA SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CANCER "SOLCA" MANABI NUCLEO PORTOVIEJO, en un término no mayor a quince días, realicen las acciones y gestiones necesarias para la inmediata adquisición del medicamento RIBOCICLIB, y realizado aquello procedan a suministrar de manera inmediata a la señora MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA, el medicamento en referencia, dosis y periodicidad que prescriba su médico tratante, y por todo el tiempo que dicho profesional determine necesario para su tratamiento, o hasta que su médico tratante considere que el mismo dejó de ser, para el caso, seguro o eficaz, o la accionante de manera libre y voluntaria decida dejar de tomar dicho medicamento, en cuyo caso, deberá comunicar aquello a este Juzgador, para proceder como establece el apartado 260 de la Sentencia Constitucional No. 679-18-JP/20, y acumulados. 2.- Justificada de manera documentada la compra del medicamento y que le ha sido suministrado a la accionante, aquello, dentro de este proceso y administrativamente ante el IESS, esta última institución, deberá proceder al pago de los valores que aquella acción le haya ocasionado a SOLCA, para lo cual posee un tiempo de

15 días, contados a partir de la justificación documentada del cabal cumplimiento de lo ordenado. **MEDIDA DE NO REPETICIÓN:** Como medida de no repetición, se dispone que por secretaría de manera inmediata se oficie al Ministerio de Salud Pública, con la finalidad de que se delega a un funcionario o grupo de funcionarios especializados en la materia, para que de manera conjunta con la Defensoría de Pueblo, IESS y SOLCA, procedan dentro del plazo de tres meses a brindar capacitaciones a los médicos de SOLCA que conozcan de casos análogos, con el reglamento PARA AUTORIZAR LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS QUE NO CONSTAN EN EL CUADRO NACIONAL DE MEDICAMENTOS BÁSICOS –CNMB VIGENTE, con la finalidad de que se cumpla con los lineamientos y procedimientos establecidos en aquel reglamento y evitar que las personas que poseen las condiciones como la legitimada activa de esta acción, pasen eventos administrativos y judiciales que afecta a su estado de ánimo y salud. SOLCA MANABI NUCLEO PORTOVIEJO, de manera inmediata deberá remitir el listado de los profesionales médicos que atienden estos casos a fin de que se elabore cronograma y grupos en los que se deberá realizar dichas capacitaciones, sin que aquello afecte la atención médica normal que dichos galenos deben brindar en aquella casa de salud, debiendo en consecuencia realizar las capacitaciones en los horarios que no se vea afectada dicha atención. **MEDIDA DE SATISFACCIÓN:** Se dispone que LA SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CANCER “SOLCA” MANABI NUCLEO PORTOVIEJO y el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, ofrezcan disculpas públicas a la señora MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA, para lo cual, la misma debe ser ubicada en el portal web oficial de las referidas instituciones por tres días consecutivos. **SEGUIMIENTO:** Conforme lo establecido en los acápites 257 y 258 de la Sentencia Constitucional No. 679-18-JP/20, y acumulados, se dispone que el Comité de Farmacología del Hospital General del IESS Portoviejo, realice el seguimiento pertinente, con el propósito de evaluar el impacto del medicamento en la salud de la señora MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA, debiendo emitir un informe de aquello a este Juzgador y a la Autoridad Sanitaria Nacional, de manera mensual. Así mismo, se dispone oficiar a la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado, con el propósito que designe a un funcionario o servidor de ese organismo, para que vele por el cumplimiento cabal de las medidas ordenadas en esta Sentencia, debiendo remitir periódicamente informe a este Juzgador, sobre dicho cumplimiento; lo que se lo dispone teniendo en consideración que la Defensoría del Pueblo a través de uno de sus funcionarios es quien ha brindado la asistencia técnica jurídica a la accionante de esta causa, y sin perjuicio de que aquel servidor pueda hacer conocer ante este órgano jurisdiccional sobre el incumplimiento de las resoluciones emitidas en este fallo. Para efectos de inicio de procedimiento en trámites administrativos de SOLCA e IESS, respectivamente, confíérase a los patrocinadores de aquellas instituciones, fotocopias certificadas de la presente resolución...” –

**6. APELACIÓN:** Por no estar conforme con la decisión del Juez de primer nivel, la parte accionada, la DOCTORA RUTH RIVERA CHANG DE ZAMBRANO, en su calidad de Presidente del Consejo Directivo de la Sociedad de Lucha Contra el Cáncer de SOLCA - Manabí Núcleo de Portoviejo y por consiguiente su representante legal, en la misma audiencia, interpuso el recurso de apelación según lo establecido en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tal como se dejó señalado en líneas iniciales. A fojas 195 del proceso presenta escrito en donde expone los argumentos en los que basa su apelación siendo los principales los siguientes: “...”...Que con fecha 08 de marzo del presente año, en su calidad de Juez Constitucional, Dr. David Alejandro Mejía Macías, notifica la Acción de Protección a mi representada para que se lleve a efecto la audiencia pública el día jueves 10 de marzo de 2022 a las 09h00 y su reinstalación el 15 y 17 de marzo de 2022. En dicha diligencia se presentaron dentro de los argumentos de hecho y derecho; y ejerciendo el derecho a la defensa que le asiste a SOLCA a través de la Abogada patrocinadora de la causa Idalina Mera Vera, las pruebas de descargo a favor de mi representada y en

la cual se incorporó el informe del médico tratante Dr. Miguel Cedeño Vera, documento contra referencia, parte pertinente de la historia clínica y demás pruebas enunciadas en la diligencia levada a efecto y que obran en el cuaderno procesal. - Debiéndose indicar que las pruebas incorporadas al proceso no han sido valoradas en su más justa expresión por cuanto esta noble institución que acoge a pacientes oncológicos derivados de otras entidades de salud pública y en el caso que nos ocupa la accionada es PACIENTE DERIVADA DEL IESS, y es por esta razón que como parte relevante de las pruebas y que no fueron valoradas en su calidad de Juez Constitucional y Garantista del derecho de las partes, se adjuntó la Contra referencia que realiza SOLCA de la paciente MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA, es decir que la entidad que represento notificó al IESS de que al amparo de lo normado por el ente de salud pública MSP realizara la adquisición del medicamento que no consta en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos, proceso emitido por el ente Rector, Ministerio de Salud Pública, para lo cual el IESS debió gestionar mediante el proceso administrativo la obtención de la respectiva autorización de adquisición del fármaco. - Por lo antes manifestado, al amparo de lo que establece el artículo 76 de la República del Ecuador en concordancia al Artículo 82 de la misma Carta Magna, considero que no se apreció la prueba de descargo aportada en este proceso y se conmina a mi representada a realizar lo que en la parte pertinente de la sentencia como mandato constitucional debe cumplir, (...) Bajo este considerando, hecho que no corresponde a SOLCA cumplir con tal disposición por ser prestador externo del IESS, y en virtud que esta entidad lo único que ha hecho es darle un servicio de atención médica de calidad y de forma integral a la paciente y que por políticas gubernamentales del ente Rector no permite a SOLCA Manabí, Núcleo de Portoviejo, dotar a la paciente de un medicamento que NO CONSTA EN EL CUADRO NACIONAL DE MEDICAMENTOS BÁSICOS, causando con ello una afectación a mi representada. Cabe indicar Señores Jueces, que esta entidad no se opone a los argumentos que se esgrime en la parte resolutive de la sentencia en la que se opone y solicita que sea reconsiderado conforme el derecho que le asiste a SOLCA MANABI en calidad de prestador externo el cumplimiento de un mandato judicial por un hecho acto u omisión de procedimientos normativos constante en el Acuerdo Ministerial 018-2021 MSP, no atribuible a esta noble entidad, que por esta razón lo CONTRARREFIERE al RESPONSABLE DIRECTO DE LA PACIENTE el IESS para que realice las acciones pertinentes y le dote del medicamento a la paciente al amparo de la preceptuada en los Arts. 360, 368, 369 y 370 de la Constitución de la República del Ecuador. (...) TERCERO. - SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA: Los fundamentas que se presentan en la demanda la actora y paciente de esta entidad derivada del Instituto Ecuatoriana de Seguridad Social aduce que es afiliada al Instituto Ecuatoriana de Seguridad Social y que recibe tratamiento oncológico por parte de SOLCA, par padecer de una enfermedad catastrófica (...) Pero como consta en los argumentos de la expresada demanda la entidad que represento no puede dotar del medicamento al amparo del Acuerdo Ministerial 018-2021, y que por estas disposiciones normativas no permiten a mi representada realizar esta dotación y es por esto que se realizó la contra referencia al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Por lo que me pregunto dónde está lo omisión por parte de SOLCA, si esta obligatoriedad administrativa le corresponde al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, realizar las gestiones administrativas y solicitar a la Coordinación Zonal 4 de Salud la respectiva autorización para adquisición de medicamentos que no consten en el CNMB y dotar a SOLCA de dicho fármaco, o efecto que el médico tratante continúe con la línea de tratamiento oncológico. par lo que se rechaza la parte pertinente de la sentencia sobre la adquisición de ese fármaco. Cabe recalcar que SOLCA Manabí. no se opone a su resolución más bien solicita sea el IESS en calidad de responsable directo de la paciente quien asuma la responsabilidad de adquisición del medicamento ya que la paciente goza de la seguridad social. (...) CUARTO. - SOBRE LA SENTENCIA: Falta de valoración de la prueba: Los argumentos que preceden, tanto en la contestación a la demanda como lo manifestado en la sentencia se evidencia que el señor Juez de la Unidad Judicial de la Familia Niñez y Adolescencia de esta ciudad, no valoró en forma debida la documentación probatoria



aportada por este Organismo ni las alegaciones realizados en defensa de los derechos de esta noble entidad, y dio por ciertas las aseveraciones de la parte actora así como las alegaciones del Abg. Jorge Balda, en representación de los derechos del IESS con asiento en esta ciudad, por carecer de asidero, pruebas éstas que constan aparejadas en el proceso, como la contra referencia, y que fueron incorporadas en audiencia, porte pertinente de lo historia clínica, informe del médico tratante, etc. etc. Es de manifestar su USIA que nuestro accionar en calidad de prestador externo del IESS, ha sido brindar la atención médica oncológica a la paciente derivada de esa entidad, y como entidad responsable directa de la Sra. Moreira Barrezueta Mercedes Magalita. Teniendo conocimiento sobre el tratamiento que requiere el paciente le corresponde realizar al IESS la adquisición del fármaco, mismo que no consta en CNMB, trámite que no gestionó dicha entidad. – (...) Indebida motivación de la sentencia: Uno de las consecuencias inmediatas de la falta de valoración de los medios de prueba aportados por las partes es la falta o indebida motivación de las resoluciones. La Constitución de la República prescribe en el artículo 76. numeral 7, literal l): (...) Abarcando el segundo elemento, la lógica, éste está conformado por las premisas y su conclusión, las cuales deben ser coherentes. Las premisas son de naturaleza jurídica y fáctica. Para que la calificación de procedencia sea favorable a un medio probatorio aportado por las partes procesales debe guardar relación con el tema de la litis, con lo cual aportará convicción a lo alegado. - Si una sentencia judicial no considera todos los elementos aportados por las partes, y los califica ya sea como procedentes o improcedentes, está adolecida de vicios de la motivación, y en el presente caso, existe una indebida motivación, en la especie de la motivación aparente. - Olsen menciona que la motivación aparente disfraza o esconde la realidad, se basa en hechos que no ocurrieron o no fueron debidamente probados, y no significan nada por su ambigüedad o vacuidad. Aquí se hace una alusión general a todo lo aportado por las partes, y no se observa la constitucionalidad o legalidad de los medios probatorios<sup>1</sup>. Los hechos citados por la parte accionante tanto en su demanda como en la audiencia, no fueron debidamente probados, en razón que las pruebas apartadas en la defensa técnica SOLCA este si fueron debidamente justificadas a nuestro favor. - QUINTO. - PRETENSIÓN: En virtud de los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el presente recurso de apelación, la Sociedad de Lucha Contra el Cáncer de SOLCA Manabí, Núcleo de Portoviejo, solicita que el ad quem acepte el mismo y deje sin efecto la parte pertinente de la sentencia, hecho éste que está afectando a los derechos de una entidad de derecho privada sin fines de lucro, dedicada a la campaña de la lucha contra el cáncer de Manabí y Esmeraldas, (...) y que con la medida emitida por el señor Juez Constitucional de la causa, estaría provocando un enorme daño a la misión institucional delegado para tal efecto, misma que es injusta para mi representada, al cumplir la medida de reparación y no repetición emanada, ya que en el historial que SOLCA tiene a nivel provincial y nacional hay pacientes que han alcanzado una calidad de vida excelente y en otros casos gozan de salud. (...) Petición que la realizo ya que conforme consta en el libelo de la demanda Indica lo que textualmente transcribo: "CABE INDICAR QUE DIA 13 DE ENERO DE 2022. TUVE CITA MEDICA CON LA DOCTORA MARIUXI MENDOZA, ESPECIALISTA DEL HOSPITAL GENERAL DE PORTOVIEJO DEL IESS, QUIEN AL ENTREGARLE LOS DOCUMENTOS DE DERIVACIÓN ME SUPO INFORMAR QUE DICHO MEDICAMENTO RECOMENDADO POR EL MÉDICO TRATANTE DEL HOSPITAL DE SOLCA, DR. MIGUEL CEDEÑO VERA, NO CONSTA EN EL CUADRO NACIONAL DE MEDICAMENTOS BÁSICOS, POR LO QUE NO HAY EN STOCK EN LAS FARMACIAS DEL IESS, Y POSTERIORMENTE INGRESÓ AL SISTEMA DEL IESS LOS ANEXOS Y ME DIJO QUE TENÍA QUE ESPERAR A QUE EL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP) SE PRONUNCIARA". - Frente a esta alegación surge una gran interrogante ¿dónde está la omisión de soslayar el derecho consagrado en el Art. 32 de la C.R.E a la paciente? el IESS como Responsable directo de la paciente conocía la existencia del tratamiento de la Sra. Moreira Barrezueta Mercedes Magalita, y no solicito la autorización para su adquisición y posterior dotación del fármaco a la paciente antes nombrada. - Por lo que en mi calidad de representante de SOLCA MANABI, con el debido respeto solicito a

vuestras autoridades sea el IESS como responsable directo de la paciente quien adquiriera el Fármaco RIBOCICLIB y se continúe con el tratamiento con la finalidad de que la paciente tenga una mejor calidad de vida..." -

**QUINTO. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO POR ESTA SALA.** - De acuerdo al análisis precedente, nos corresponde apreciar la situación jurídica "in integrum", para formar su criterio de modo imparcial y objetivo, procediendo a revisar el contenido del cuaderno procesal tramitado por la Judicatura de primer nivel.

**5.1.- MEDIOS PROBATORIOS APORTADOS POR LAS PARTES.** - De la documentación pertinente que se ha adjuntado por las partes procesales a los autos de primera instancia tenemos:

1.- A fojas 1 consta cédula de ciudadanía del accionante MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA, en donde consta que nació el 24 de abril del año 1955.

2.- A fojas 3, consta el certificado emitido en la página web del IESS, suscrito por el Eco. José Antonio Martínez Dobronsky, Director del Sistema de Pensiones, documento que tiene Código QR, que en la parte pertinente se indica: "...La Dirección del Sistema de Pensiones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), en atención a la solicitud realizada, CERTIFICA que: Una vez realizada la correspondiente verificación de la información en el Sistema de Pensiones del IESS, puedo indicar que: MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA con número de identificación 1303680365 SI consta en el registro de pensionistas del Seguro General Obligatorio..."

3.- A foja 52, consta el formulario de referencia, renovación, contrareferencia inversa, del paciente MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA, en donde en la parte pertinente se indica: "(...) SEGÚN LAS GUIAS Y PROTOCOLO DE TRATAMIENTO LA MEJOR Y ÚNICA OPCIÓN E UN ICDK 4/6 QUE NO CONSTA EN EL CNMB, PERO HAY PACIENTES EN EL IESS CON ESTE TRATAMIENTO, POR LO QUE SE CONTRAREFIERE AL IESS. - CONTRAREFERENCIA A IESS POR RIBOCICLIB 3 TABLETAS DE 200 MG CADA DÍA POR 21 DÍAS CADA MES). - 3. Hallazgos relevantes de exámenes y procedimientos diagnósticos. - explico escenario actual CON ENF HORMONAL POSITIVA. EX FÍSICO ADENOPATÍA SUPRA CLAVICULAR IZQUIERDA. - 18 NOV/21 COMITÉ TUMORE: CÁNCER DE MAMA + METS ÓSEAS (ESTADIO IV) DE DEBUT, RH POSITIVOS, HER2 NEGATIVO - LUMINAL B CON BUEN ESTADO FUNCIONAL, ECOG: 0. SEGÚN LAS GUÍAS Y PROTOCOLO DE TRATAMIENTO, LA MEJOR Y ÚNICA OPCIÓN ES UN ICDK4/6 QUE NO CONSTA EN EL CNMB, PERO HAY PACIENTES EN EL IESS CON ESTE TRATAMIENTO. - (...) Tratamiento recomendado a seguir en el establecimiento de salud de menor nivel de atención y/o de complejidad. - POR LO QUE SE CONTRAFERIERE A IESS. - CONTRAREFERENCIA A IESS POR RIBOCICLIB 3 TABLETAS DE 200 MG CADA DÍA POR 21 DÍAS CADA MES).

4.- Desde la foja 53 a la 63 consta el Reporte de Notas de Evolución de MOREIRA BARREZUETA MERCEDES.

5.- A fojas 64, consta el INFORME MÉDICO, de fecha 10 de marzo del 2022, suscrito por el Dr. Miguel Cedeño Vera, en donde se certifica el estado de la paciente MERCEDES MAGALITA MOREIRA BARREZUETA, según los datos de la historia clínica No. 386345, en donde en la parte pertinente se indica: "...Este caso fue analizado en el comité multidisciplinario en la clínica de tumores de mama, se decidió en base a los protocolos de tratamiento actual de cáncer de mama contrareferir o derivarla al Hospital del IESS de Portoviejo para tratamiento con ribociclib + letrozol, dado que este inhibidor de ciclinas es una medicación que no se encuentra en el cuadro nacional de

*medicamentos básicos (CNMB), Solca Portoviejo no lo tiene, se deriva al IESS para este fin, teniendo en cuenta que hay otras pacientes afiliadas al IESS recibiendo esta medicación en el Hospital del IESS Portoviejo..."*

**6.-)** A fojas 66 consta el Acta del Comité de Farmacia y Terapéutica, de fecha 14 de marzo del 2022, suscrita por el Dr. Andy Richard Mendoza Cantos, Director Médico (Presidente); Dra. Carmen Dueñas Rodríguez, Jefe de Farmacia (E) (Secretaria); Dra. Dolores Sornoza Cedeño, Directora Técnica de Diagnóstico y Tratamiento (Vocal); Dr. Luis Linzán Villavicencio, Director Técnico de Hospitalización y Ambulatorio (Vocal); Dr. Jorge Vera Almeida, Director Técnico de Medicina Crítica (Vocal), Dra. Rosana Palma, Epidemióloga (Vocal); Dr. Johny Reinaldo Mendoza Véliz, Diabetólogo Docencia (Vocal).

**7.-)** A fojas 71 consta un certificado de permisos de funcionamiento del Hospital General Portoviejo, cuyo representante legal es el Sr. Ponce Cruz Luis Enrique y el responsable técnico el Sr. Frank Stalin Víneces Vinuesa.

**8.-)** A fojas 72 consta el Anexo 2 Informe del médico prescriptor para solicitar al Comité de Farmacoterapia la Adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos (CNMB) Vigente, casos no emergentes.

**9.-)** A fojas 74 consta un certificado de permisos de funcionamiento de la Sociedad de Lucha contra el Cáncer de Manabí Núcleo de Portoviejo, cuyo representante legal es el Sr. Manuel Santiago Guevara García y el responsable técnico el Sr. Ángel Eduardo Ganchozo Villavicencio.

**10.-)** A fojas 75 consta el CONVENIO DE GESTIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD DE LA RED PRIVADA COMPLEMENTARIA ENTRE EL IESS Y SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER DE MANABÍ – NUCLEO DE PORTOVIEJO – SOLCA MANABÍ, suscrito por el Mgs. Oscar Adrián Muñoz Erazo, en su calidad de Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de Manabí encargado; y, el Sr. Manuel Santiago Guevara García, en su calidad de representante legal de Sociedad de Lucha contra el cáncer de Manabí Núcleo de Portoviejo Solca Manabí.

**11.-)** A fojas 95 consta el Oficio No. MSP-SNGSP-2021-0784-O de fecha 05 de agosto del 2021, suscrito por la Mgs. María Gabriela Aguiñaga Romero, Subsecretaria Nacional de Gobernanza de la Salud, dirigido al Sr. Julio Javier López Marin, Director del Seguro General de Salud Individual y Familiar, del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, respecto del cual la entidad que lo incorpora (IESS) manifiesta: *"...en el cual realizó observaciones a mi representada respecto a un caso en el cual el Hospital General Portoviejo, como UNIDAD DE SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN requirió la de adquisición del medicamento Vedolizumab, el cual se encuentra fuera del Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos, señalando que solo lo pueden adquirir UNIDADES DE TERCER NIVEL DE ATENCION, señalando que el IESS solo puede validar la pertinencia técnica y documental de todas solicitudes de autorización de medicamentos que no constan en CNMB así como de los prestadores de servicios de salud, esto de conformidad a lo establecido en el Acuerdo Ministerial 158A-2017, emitido por el Ministerio de Salud Pública, ahora Acuerdo Ministerial 00018-2021..."*

**12.-)** De fojas 97 a 133 consta el Tercer Suplemento Nro. 573 de fecha martes 9 de noviembre del 2021, en el que se expide el Reglamento para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos CNMB vigente. -

**5.2.) ANÁLISIS DE LA PRUEBA EN SU CONJUNTO.** - Con los documentos anexados por las partes

procesales, y que han sido detallados en el presente fallo, sin que se hubiera impugnado en legal y debida forma ninguno de los documentos que fueron incorporados por la contraparte, este Tribunal da como **HECHOS PROBADOS RELEVANTES** para el análisis, lo siguiente:

De los hechos fácticos planteados se ha logrado probar que, **la accionante, MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA**, es una pensionista del Seguro General Obligatorio (fojas 3). Además, la accionante es una paciente del Hospital de SOLCA – Manabí Núcleo de Portoviejo, que presentaba una masa tumoral en la mama izquierda que ocupaba el 80% de la glándula mamaria con adenopatías axilares (historia clínica N° 386345, a fojas 5, y 53 a 63). Que en febrero del 2020 por biopsia de nódulo mama izquierda se le diagnostica un carcinoma invasor de mama triple negativo, que en una re-biopsia posterior se informa de receptores hormonales positivos, HER2 negativo. Inicia tratamiento quimioterápico neoadyuvante (previo a la cirugía) con esquema secuencial ACT + T, que se le realizó mastectomía izquierda el 26 de mayo del 2021. Que recibe radioterapia desde el 23 de noviembre del 2021 hasta el 14 de enero del 2022 x 33 fracciones. Que posteriormente en noviembre del 2021, las imágenes de la tomografía revelaron aparición de metástasis óseas. Que, este caso fue analizado por el Comité Multidisciplinario del SOLCA Núcleo de Portoviejo, siendo que el 18 de noviembre del 2021, por considerar que existía un cáncer de mama más mets óseas (Estadio IV) de DEBUT RH POSITIVOS, HER2 NEGATIVO LUMINAL B CON BUEN ESTADO FUNCIONAL, ECOG: 0, según las guías y protocolos de tratamiento, la mejor y única opción es un –ICDK 4/6, que no consta en el CNMB, pero que hay pacientes en el IESS con este tratamiento, por lo que se decidió contra referir o derivarla al Hospital del IESS de Portoviejo para que pudiera recibir tratamiento con Ribociclib más letrozol, por considerar que este inhibidor de ciclinas es una medicación que no se encuentra en el cuadro nacional de medicamento básicos (CNMB) y que Solca Portoviejo no lo tiene, por lo que se deriva al IESS, según el informe médico a fojas 64 y según la documentación constante a fojas 4 y 52 del proceso, además de no ser un hecho negado por parte del Hospital de SOLCA – Manabí Núcleo de Portoviejo.- No obstante, en este punto es de indicar que de la revisión de la documentación constante a fojas 4 y 52 del proceso, no consta ningún recibido por parte del IESS, lo cual es observado por el IESS al momento de dar su contestación, además de indicar que: *"...el documento de contra referencia, no es el documento para solicitar la autorización de adquisición de medicamentos..."*

Además, se observa como un hecho probado, que, desde el 18 de noviembre del 2021, fecha en la cual el Comité Multidisciplinario del SOLCA Núcleo de Portoviejo, consideró que la paciente, debía de recibir tratamiento con Ribociclib más letrozol (medicamento que no se encuentra en el CNMB), hasta la presentación de la acción de protección y la emisión de la sentencia de primer nivel, la accionante no recibió tal medicación.

Por aquello, este Tribunal de Apelación, debe de analizar si, ante el cuadro clínico de la paciente MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA, las entidades accionadas, vulneraron o no los derechos constitucionales de una persona perteneciente al grupo de atención prioritaria, como el derecho a la salud, a tener medicamentos de calidad seguros y eficaces y el derecho a tener una vida digna, en tal sentido, dicha omisión, de no haber sido atendida con la medicación que requería, a decir del accionante le habría generado vulneración a sus derechos constitucionales, por lo que debe ser sometido al siguiente análisis, considerando lo establecido en los artículos 40 y 42 de la indicada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. -

**SEXTO: FUNDAMENTOS DE DERECHO:** Una vez que ha sido analizada la prueba en su conjunto y han quedado determinado los hechos que han sido probados según el numeral que antecede, es importante proceder a verificar si la presente acción constitucional cumple con los requisitos de

procedibilidad establecidos en la Ley. -

**6.1.- LEGITIMADO ACTIVO.** - La legitimación activa para actuar en procedimientos jurisdiccionales como demandantes, tiene relación con la capacidad procesal reconocida por el Estado a una persona natural o jurídica, a órganos o agentes del Estado, conforme establece la Constitución y la ley. Así en la LOGJCC, en el Capítulo I del Título II titulado GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, que tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación, encontramos las NORMAS COMUNES, entre las que encontramos la contenida en el Art. 9 de la LOGJCC, que dice: *"Art. 9.- Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas: a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) Por el Defensor del Pueblo. **Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.**"*- Es decir, que en principio pueden presentar una acción de protección cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, incluso por el Defensor del Pueblo, considerándose afectadas a quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación del derecho que pueda demostrar el daño.- En el presente caso la accionante MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA, identificada con la C.C.1303680365, quien asistió a la audiencia constitucional con su defensa técnica, quien afirma que la omisión en la aplicación del medicamento que necesita en virtud de su estado de salud, provoca la vulneración de derechos constitucionales como el derecho a la salud, a tener medicamentos de calidad seguros y eficaces y el derecho a tener una vida digna.

**6.2.- LEGITIMACIÓN PASIVA.** - En el presente caso, las entidades accionadas son la Sociedad de Lucha Contra el Cáncer - SOLCA Manabí Núcleo de Portoviejo y el Hospital Oncológico "Dr. Julio Villacreses Colmont", a través de su representante legal, Dra. Ruth Rivera de Zambrano o quien ocupe dicha representación en los actuales momentos; el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mediante su representante. la Directora General del IESS, en la persona de Nelson Guillermo García Tapia o quien haga sus veces; y, Hospital General Portoviejo del IESS, mediante su Directora Administrativa del Hospital del IESS Portoviejo, Eva Marisol Romero Vélez o quien haga sus veces; contándose con la Procuraduría General del Estado regional Manabí, representada por Dr. Iñigo Salvador Crespo.

**6.3.- PROCEDENCIA (Art. 40, 41 y 42 LOGJCC).**- La Corte Constitucional ha dicho en relación a los artículos 40 y 42 de la indicada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dentro de la sentencia Nro. 102-13-SEP-CC, publicada en la Gaceta Constitucional Nro. 005 de fecha 27 de diciembre del 2013, donde en la parte medular se sostiene respecto del Art. 40 de la indicada Ley *"Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto, podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional"*; recordando que el segundo de los requisitos del Art. 40, remite al artículo 41 para establecer cuáles podrían ser las acciones u omisiones que causan las vulneraciones de los derechos constitucionales; y, respecto de la interpretación del artículo 42 de la referida Ley, se manifiesta: *"El momento procesal para la*

determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la Acción de Protección, contenidas en los numerales 1,2,3,4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional".- Sobre la verificación de los requisitos, y, para un mejor resolver, es preciso citar la Sentencia No 001-16-P.JO-CC, de la Corte Constitucional del Ecuador, de fecha Quito, D. M., 22 de marzo de 2016, en la cual este máximo Órgano de Justicia Constitucional emite la Jurisprudencia vinculante, con carácter erga omnes: "*l. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. **Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido***". -

Aclarado esto, este Tribunal, en uso de sus facultades de juzgador constitucional, debe proceder al análisis y verificación de los requisitos establecidos en el artículo 40 y siguientes, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para determinar la procedencia o no de la presente acción de protección.

**6.3.1) Así, en relación al requisito contenido en el numeral 1 del artículo 40 de la LOGJCC en estudio, esto es, si de los hechos probados se aprecia que existe "1. Violación de un derecho constitucional:"**. -

En este sentido es importante aclarar que si se considerara que todos los derechos de los que puede gozar el ser humano, sean éstos fundamentales u ordinarios, son objetos de protección sujetos a las garantías constitucionales dejaría de ser un método eficaz para la protección de derechos fundamentales y tendería a la ordinarización de las acciones constitucionales, sustituyendo la justicia ordinaria por la Constitucional, de ahí que se deberá de hacer un análisis pormenorizado de los hechos en concreto, para evitar la ordinarización de las acciones constitucionales. Para evitar esta situación, es importante diferenciar cuándo un derecho debe ser considerado como fundamental, objeto de protección vía las garantías constitucionales; y, cuándo un derecho es ordinario, patrimonial que compete a la justicia ordinaria; para esto es necesario, distinguir las características de los derechos fundamentales, esto es, universales, indivisibles, inalienables, inviolables, personalísimos y de la misma jerarquía. El Dr. José C. García Falconí, en el libro titulado "*La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador*", páginas 23 y 23.- Primera Edición 2008.- Ediciones RODIN.- Quito-Ecuador.- dice: "*Debo señalar primeramente que los derechos constitucionales son ilimitados, lo cual impide realizar una enumeración taxativa de los mismos, esta será eminentemente enunciativa, por lo que muchas Constituciones al establecer que los derechos constitucionales son ilimitados, deja abierta la posibilidad de que puedan haber otros derechos, así lo señala expresamente el artículo 428 de la nueva Constitución.- Además los derechos constitucionales son indivisibles e interdependientes entre sí, su carácter es universal ha sido así afirmado en la conferencia mundial de Derechos Humanos señalado en Viena, en su Declaración de 25 de julio de 1993 en donde se reafirma la universalidad de los derechos y libertades constitucionales; **pero estos***". -

**derechos no pueden considerarse como absolutos, como ilimitados en cuanto se refiere a su goce y ejercicio, pues, los límites están dados por el mismo convivir social, así se dice que el derecho de una persona termina donde comienza el derecho de los demás, de este modo los límites a los derechos constitucionales son: el orden público, la moral, los derechos de terceros y la seguridad de todos o las justas exigencias del bien común.** Al respecto este Tribunal considera que el Estado Ecuatoriano garantiza el derecho a tener una vida digna, que asegure la salud, seguridad social, etc.; no obstante, a pesar de que los derechos constitucionales deben de ser respetados y garantizados por el Estado, el ejercicio de los mismos tienen que supeditarse al ámbito constitucional en su conjunto y al legal, ya que por otra parte está la necesidad de que el Estado Ecuatoriano garantice la seguridad jurídica entre sus habitantes, y encuentre un justo equilibrio en todo el sistema, en virtud de lo establecido en el Art. 82 de la Constitución, que dice que la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Respecto a la seguridad jurídica la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado, que: *"El derecho a la seguridad jurídica garantiza que las normas que conforman el ordenamiento jurídico hayan sido expedidas observando el procedimiento correspondiente, y que su aplicación sea efectuada conforme el marco constitucional (...). De esta forma, se constituye en una obligación de todos los operadores de justicia el cumplimiento del ordenamiento jurídico, ya que aquello determina la consolidación de un ámbito de certeza de las personas que solicitan tutela judicial del Estado"* [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No."033-13-SEP-CC, caso No. 1797-10-EP].

En el presente caso, establecido el tipo de instituciones y las autoridades públicas que han sido consideradas como legitimadas pasivas, pero, además para establecer si existen derechos constitucionales vulnerados, es necesario determinar qué tipo y cuáles son los actos u omisiones que el accionante considera que le han vulnerado sus derechos.

Así, comenzamos recordando que el Art. 88 de la Constitución dice: *"La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, **por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial**; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación."*

En el presente caso, según el contenido del libelo inicial, el acto violatorio, estaría encuadrado en el numeral 1 del Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es, *"...todo acto u **omisión** de una autoridad pública no judicial..."*, siendo el siguiente: *"...Todo este procedimiento ha sido omitido su autoridad, lo que evidentemente viola mi derecho a acceder a medicamentos de seguridad, de calidad y eficaces..."*

De los hechos fácticos descritos en el libelo inicial, el Tribunal de Apelación ha considerado en el ordinal que antecede que se ha probado que a la accionante efectivamente, a pesar de ser paciente en el Hospital de SOLCA – Manabí Núcleo de Portoviejo, siendo derivada por el Instituto de Seguridad Social, por ser una pensionista de dicha institución pública; y, a pesar de ser una paciente oncológica que requiere recibir tratamiento con Ribociclib más letrozol, a la fecha de presentación de la acción ninguna de las dos instituciones le proveyó del medicamento que requería la paciente accionante, **correspondiendo entonces verificar si la omisión señalada, ha vulnerado los derechos constitucionales del accionante; y, qué entidad es la responsable de**

**dicha omisión, siendo motivo de la apelación por la Sociedad de Lucha contra el cáncer de SOLCA – Manabí Núcleo de Portoviejo. -**

Por aquello, comenzaremos primero indicando la normativa sobre la cual la accionante ha basado su petición para que le sean reconocidos sus derechos constitucionales. –

Es de mencionar como primer punto que la accionante, es pensionista del IESS, siendo que dicha calidad no es un hecho controvertido por las partes procesales; así mismo, es una paciente oncológica, según la historia clínica incorporada al proceso y el informe médico constante a fojas 64; y, es una persona de la tercera edad, tal como se puede comprobar con la cédula constante a fojas 1 del proceso; y, por lo tanto, le asisten los siguientes derechos, según la Constitución de la República del Ecuador:

*“Art. 3.- **Son deberes primordiales del Estado:** 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, **la salud**, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”* En el Art. 32 se establece el derecho a la Salud en los siguientes términos: *“Art. 32.- **La salud es un derecho que garantiza el Estado**, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. - El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”* Por otro lado, también se establece, que las personas con las condiciones de salud y de edad presentes en la accionante gozan de atención prioritaria: *“Art. 35.- **Las personas adultas mayores**, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y **quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.** La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos, **El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad**.”* - En los Arts. 36, 37 y 38, se establece el derecho que tiene la accionante por tratarse de una persona adulta mayor: *“Art. 36.- Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad. -**Art. 37.- El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: 1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas...**”* *“Art. 38.- El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas. En particular, el Estado tomará medidas de: **1. Atención en centros especializados que garanticen su nutrición, salud, educación y cuidado diario, en un marco de protección integral de derechos.** Se crearán centros de acogida para albergar a quienes no puedan ser atendidos por sus familiares o quienes carezcan de un lugar donde residir de forma permanente...”* En el Art. 50, se establece a toda persona con enfermedades catastróficas: *“Art. 50.- El Estado*



garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad **el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.**" En el Art. 66 se establecen entre los derechos de libertad se encuentran los siguientes: "...Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. (...)" En los Art. 358 y siguientes, se regula el sistema nacional de la salud, en los siguientes términos: "Art. 358.- El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional." "Art. 359.- El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social." "Art. 360.- El sistema garantizará, a través de las instituciones que lo conforman, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, con base en la atención primaria de salud; articulará los diferentes niveles de atención; y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas. - La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad." "Art. 361.- El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector." "Art. 362.- **La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias.** Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. - **Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.**" Y en el Art. 363, se establece la responsabilidad del Estado en: "...Art. 363.- El Estado será responsable de: (...) **7. Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces,** regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales."

De igual manera, podemos observar que la accionante al ser una persona jubilada o pensionista el IESS, el Estado le garantiza tal derecho a la salud, según la Ley de Seguridad Social, en los siguientes artículos: "...Art. 10.- Reglas de protección y exclusión. - (Sustituido por el Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 323-S, 18-XI-2010).- En la aplicación de los programas de aseguramiento obligatorio, se observarán las siguientes reglas de protección y exclusión: (...) d. **El jubilado recibirá prestaciones de salud en las unidades médicas del IESS,** en las mismas condiciones que los afiliados activos, con cargo a la contribución financiera obligatoria del Estado. Sin perjuicio que el Estado entregue la contribución financiera, el jubilado recibirá la prestación; (...)"

De igual manera en la misma norma, se establece el alcance de protección de las prestaciones de

salud y dicen los artículos pertinentes:

"Art. 102.- Alcance de la protección.- (Sustituido por el Art. 2 de la Ley s/n, R.O. 323-S, 18-XI-2010; y, reformado por la Sen. 380-17-SEP-CC, R.O.E.C. 24, 12-XII-2017).- El Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y condiciones señalados en este Título. - La prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales estará a cargo del Seguro General de Riesgos del Trabajo. El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, los dependientes menores hasta los (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento del tutor, **así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual.** (...) Se accederá a las prestaciones de salud de este Seguro en condiciones de libre elección del prestador de servicios de salud, público o privado, dentro de las limitaciones señaladas en este Título." "Art. 103.- Prestaciones de salud. - La afiliación y la aportación obligatoria al Seguro General de Salud Individual y Familiar otorgan derecho a las siguientes prestaciones de salud: a. Programas de fomento y promoción de la salud; b. Acciones de medicina preventiva, que incluyen la consulta e información profesional, los procedimientos auxiliares de diagnóstico, **los medicamentos e intervenciones necesarias, con sujeción a los protocolos elaborados por el Ministerio de Salud Pública con asesoría del Consejo Nacional de Salud, CONASA;**(Nota: Este último texto resaltado en negrita ha sido declarado inconstitucional por el fondo y suspendidos sus efectos por la Res. 052-2001-RA (R.O. 525-S, 16-II-2005).(...)) **e. Tratamiento de enfermedades crónico degenerativas, dentro del régimen de seguro colectivo que será contratado obligatoriamente por la administradora, bajo su responsabilidad, para la atención oportuna de esta prestación, sin que esto limite los beneficios o implique exclusiones en la atención del asegurado, con sujeción al Reglamento General de esta Ley; y, f. Tratamiento de enfermedades catastróficas reconocidas por el Estado** como problemas de salud pública, bajo la modalidad de un fondo solidario financiado con el aporte obligatorio de los afiliados y empleadores y la contribución obligatoria del Estado. - En todo caso, las prestaciones de salud serán suficientes y adecuadas para garantizar la debida y oportuna atención del sujeto de protección. Cuando el sujeto de protección sufre complicación o complicaciones, la prestación de salud se extenderá a tales complicaciones. - **Las unidades médicas del IESS o los demás prestadores acreditados, según el caso, proporcionarán al sujeto de protección la prestación de salud suficiente, que incluirá los servicios de diagnóstico auxiliar, el suministro de fármacos y la hotelería hospitalaria establecidos en los respectivos protocolo y tarifario, bajo su responsabilidad. Dentro de estos límites, no habrá lugar a pago alguno por parte del sujeto de protección.**" - "Art. 104.- Contingencia de enfermedad. - En caso de enfermedad, el afiliado tendrá derecho a: a. La asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y de rehabilitación, con sujeción a los protocolos de diagnóstico y terapéutica elaborados por los especialistas médicos del IESS y aprobados por la administradora de este Seguro; y, b. Un subsidio monetario de duración transitoria, cuando la enfermedad produzca incapacidad en el trabajo. Los familiares del afiliado no tendrán derecho al subsidio. - **El jubilado recibirá asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y de rehabilitación en las unidades médicas del IESS, de conformidad con lo señalado en el literal d) del artículo 10 de esta Ley.**"

Por otra parte, es de indicar que la ley establece para la compra de fármacos lo siguiente:

"Art. 108.- Lineamiento de política. - El Seguro General de Salud Individual y Familiar dividirá administrativamente los procesos de aseguramiento, compra de servicios médico asistenciales, y

entrega de prestaciones de salud a los afiliados. - El aseguramiento del afiliado y sus familiares, según define esta Ley, comprende la cobertura de las contingencias de enfermedad y maternidad, la definición del contenido de las prestaciones establecidas en el artículo 103 de esta Ley, la evaluación periódica del estado de salud de la población asegurada, la formulación de los programas de extensión de este Seguro a otros grupos humanos, y el cumplimiento de las demás obligaciones que determinarán los reglamentos internos del IESS. - **La compra de servicios médico-asistenciales comprende la acreditación de los prestadores, la contratación de los proveedores, la vigilancia del cumplimiento de los contratos, así como el control de la calidad de la prestación y la satisfacción del usuario, en términos de eficiencia, oportunidad y equidad.** - La entrega de **las prestaciones de salud a los afiliados se sujetará al sistema de referencia y contra-referencia y la efectuarán las unidades médicas del IESS y los demás prestadores acreditados,** de conformidad con la reglamentación de la Administradora de este Seguro y a los términos contenidos en el contrato respectivo." "Art. 109.- Contratación de insumos médicos, fármacos y material quirúrgico. - **Las unidades médicas del IESS contratarán directamente con los fabricantes y distribuidores autorizados, la provisión de insumos médicos, fármacos** y material quirúrgico, mediante los **procedimientos especiales previstos en el Reglamento** que para el efecto dictará el Presidente de la República a pedido del Consejo Directivo del IESS."

Art. 110.- Asignación de funciones. - Los procesos de aseguramiento y compra de servicios estarán a cargo de la Dirección de la Administradora del Seguro General de Salud Individual y Familiar. **La prestación de servicios médicos estará a cargo de las unidades médicas del IESS y de los demás prestadores de servicios de salud, públicos y privados, debidamente acreditados por la Dirección, con sujeción a la reglamentación.**"

"Art. 111.- Administración del seguro general de salud. - **La Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar es el órgano ejecutivo** encargado del aseguramiento colectivo de los afiliados y jubilados contra las contingencias amparadas en esta Ley. - **Comprará servicios de salud a las unidades médicas del IESS y otros prestadores, públicos o privados,** debidamente acreditados, mediante convenios o contratos, cuyo precio será pagado con cargo al Fondo Presupuestario de Salud, de conformidad con el Reglamento General de esta Ley. -(...)" Art. 114.- Prestadores de servicios de salud. - **Son prestadores de los servicios de salud a los asegurados, las unidades médicas del IESS, las entidades médico-asistenciales, públicas y privadas, y los profesionales de la salud en libre ejercicio, acreditados y contratados por la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar, de conformidad con la presente Ley.**" "Art. 115.- Unidades médicas del IESS.- **Las unidades médico-asistenciales de propiedad del IESS serán empresas prestadoras de servicios de salud, dotadas de autonomía administrativa y financiera, integradas en sistemas regionales de atención médica organizados por nivel de complejidad,** de conformidad con la reglamentación interna que, para este efecto, dictará el Consejo Directivo. - En las unidades médico-asistenciales de segundo y tercer nivel de complejidad médica habrá un Director, que deberá acreditar título profesional, amplios conocimientos en economía o administración de salud, y experiencia administrativa en servicios de salud. En todas las unidades médico-asistenciales, cualquiera sea su nivel de complejidad médica, habrá un director técnico, que será profesional médico, con especialización y/o experiencia en gestión o auditoría de servicios médico-asistenciales."

De los presupuestos constitucionales y legales referidos, se establece que la accionante, está protegida y sus derechos constitucionales de la Salud deben de ser garantizados y proveído el medicamento que requiere para ejercer tal derecho, máxime al tratarse de una persona jubilada

con una enfermedad catastrófica, por lo que el IESS es la entidad que debe de ser la prestadora del servicio de salud, incluyendo los fármacos que se requieren en el tratamiento de su enfermedad, ya sea por las unidades médicas del IESS o las privadas con las que tengan un convenio para otorgar tales prestaciones, por aquello se hace menester verificar si dentro del contexto existe tal convenio entre el IESS y SOLCA, y luego también se hace necesario verificar el Reglamento al que hace referencia la ley para la compra de los fármacos.

A fojas 75 del proceso de instancia obra el CONVENIO DE GESTIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD DE LA RED PRIVADA COMPLEMENTARIA ENTRE EL IESS Y SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER DE MANABÍ - NÚCLEO DE PORTOVIEJO –SOLCA MANABÍ, suscrito por el Mgs. Oscar Adrian Muñoz Erazo, Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Manabí encargado, a quien en adelante se le denominará “*El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*”; y, por otra parte, el Mgs. Manuel Santiago Guevara García, en calidad de Representante Legal de la Sociedad de Lucha contra el cáncer de Manabí – Núcleo de Portoviejo – Solca - Manabí, a quien en adelante y para los efectos de dicho Convenio se le denominará “*El Prestador*”; en donde consta la cláusula tercera el objeto del convenio en los siguientes términos: “...*El presente convenio tiene por objeto establecer **las directrices y mecanismos para la compra de servicios de salud al “PRESTADOR”, de acuerdo a la cartera de servicios, nivel de atención y a los requerimientos establecidos por la Dirección del Seguro de Salud Individual y Familiar, en los informes previos que justifiquen la necesidad adquiridas a través del presente son las que hayan sido aprobadas acordes a los permisos de Funcionamiento Vigentes de las Unidades Operativas constantes en este convenio y en el informe de necesidades previamente validado por la Subdirección Nacional de Aseguramiento del Seguro de Salud.***” En la cláusula cuarta en el punto 4.02 dice: “...*Las partes acuerdan que el presente convenio no constituye una obligación del IESS de remitir al “Prestador” un flujo constante de pacientes, sino una obligación del prestador de recibir pacientes derivados del IESS siempre que el Instituto no pueda brindar la prestación dentro de sus unidades médicas. La derivación de pacientes atenderá los principios de equidad entre los prestadores externos contratos; y, no podrá considerarse a la falta de derivación de pacientes por parte del IESS un incumplimiento al presente convenio*” En la cláusula Sexta se indica: “**SIXTA: PRECIO. - 6.01 El IESS pagará al PRESTADOR los valores correspondientes a los servicios de salud que éste brinde a los pacientes que se deriven a dicho establecimiento de salud, luego de realizada la auditoría a la calidad de la facturación establecida por la Autoridad Sanitaria Nacional, en el marco de la cartera de servicios previamente aprobada y que forma parte integrante del presente instrumento...**” En la cláusula Séptima se indica la forma de pago, entre los puntos se encuentran los siguientes: “...**7.05 El pago a los prestadores de salud se realizará contra presentación de la factura de los valores económicos aprobados como resultado del proceso de auditoría de la calidad de la facturación de los servicios de salud- La existencia de valores objetados no exime del pago de los valores aprobados. - Los establecimientos de salud, a través del “Prestador”, emitirán una factura global de las prestaciones realizadas durante cada mes, en la que constará el código del procedimiento, el valor unitario, la cantidad y el valor total, además presentará una planilla detallada por cada paciente con la información y documentos señalados en la Norma Técnica de Servicios de Salud entre Red Pública y Privada...**” Entre las obligaciones del prestador encontramos en la cláusula octava las siguientes: “...**8.02 Proporcionar atención de especialidad para el diagnóstico y tratamiento según la cartera de servicios que forma parte del presente instrumento y según requerimiento de derivación para procedimientos programados o por**

**Emergencias médicas de las unidades médicas del IEES o por quien haga sus veces...” “...**8.06 Los servicios de salud con cobertura del IESS que se brinden a los pacientes serán siempre****

**gratuitos para el paciente, el prestador bajo ningún concepto requerirá pago alguno al usuario o a su familia y tampoco solicitará compromiso económico de ninguna clase** como cheque, letra de cambio, comprobante (voucher) de tarjeta de crédito u otro similar..." "...8.08 **Asegurar la calidad y continuidad en la atención médica integral a los pacientes derivados por el IESS**, cumpliendo los protocolos médicos y los procedimientos técnicos, administrativos y financieros establecidos mediante el presente convenio(...)" "8.10 Se deberá cumplir con lo establecido en el numeral 6 del capítulo II de la Sección A del Tarifario de Prestaciones Sanitarias **para el pago de las medicinas, suministros e insumos médicos** (...)" "(...) 8.19 **Será responsabilidad del prestador implementar los mecanismos administrativos, informáticos, financieros y los demás que considere necesarios el IESS para lograr una efectiva gestión de relacionamiento y atención al asegurado.**" En la cláusula novena, tenemos las obligaciones del IESS, entre las que tenemos las siguientes: "...9.03 **Cuando la necesidad institucional lo determine, derivar a los pacientes desde las unidades Médicas IESS a la (s) unidad (es) médica del "PRESTADOR"**, cumpliendo los requisitos administrativos señalados en la "Norma Técnica Sustitutiva de la Red Pública Integral de salud y de la Red Privada Complementaria y su reconocimiento Económico" o la norma que la sustituya..." "...9.04 **Pagar los servicios prestados** cumpliendo lo dispuesto en el Tarifario de Prestaciones para el Sistema Nacional de Salud y la "Norma Técnica Sustitutiva de Relacionamiento para la Prestación de Servicios de Salud entre instituciones de la Red Pública Integral de salud y de la Red Privada Complementaria y su reconocimiento Económico" o la norma que la sustituya."

En cuanto a la forma en cómo debe de procederse para la adquisición de medicamentos que no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos, la Ministra de Salud Pública mediante Acuerdo No. 00018-2021, expide el Reglamento para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos – CNMB Vigente, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 573 **del 09 de noviembre del 2021**, en donde se establecen las siguientes normas:

"Art. 15.- La autorización de la adquisición de medicamentos que no constan en el CNMB vigente, en casos no emergentes, estará a cargo de cada institución financiadora/aseguradora de la RPIS a la que pertenece el paciente, en las siguientes situaciones: a) Tratamiento de pacientes con enfermedades catastróficas o cuyo pronóstico de vida tengan un desenlace inevitablemente fatal dentro de los siguientes tres (3) años. La autorización de medicamentos se otorgará siempre que exista evidencia científica sólida (EtD-GRADE) de que el medicamento solicitado es capaz de mejorar los aspectos clínicamente relevantes, incluyendo la calidad de vida del paciente y que los estudios fármaco-económicos sean favorables en el contexto ecuatoriano, al compararse con el tratamiento estándar existente o los mejores cuidados de soporte..." "Art. 17.- **El médico especialista prescriptor** que considere necesario adquirir un medicamento que no consta en el CNMB vigente para casos no emergentes, **presentará al CFT del respectivo establecimiento de salud, una solicitud motivada y suscrita (anexo 2), en la que justifique clínicamente por qué no iniciar o continuar con el medicamento que consta en el CNMB vigente y, por qué iniciar o continuar con el medicamento que no consta en el CNMB vigente; así como, el consentimiento informado suscrito por el paciente** conforme a la normativa emitida para el efecto y las preguntas adicionales (anexo 7), suscrito por dicho profesional de la salud y el paciente o su representante legal. La solicitud deberá realizarse por cada paciente, medicamento y diagnóstico y, será responsabilidad del médico especialista prescriptor los criterios de selección del medicamento, así como, los objetivos terapéuticos que motivan la solicitud." "Art. 18.- **El CFT del respectivo establecimiento de salud de la RPIS analizará la solicitud (anexo 2) y elaborará un informe técnico con base a evidencia**

**científica (anexo 3)** que incluirá criterios de eficacia y seguridad centrados en variables clínicamente relevantes capaces de mejorar la calidad de vida del paciente, las actividades de la vida diaria, reducir las complicaciones de la condición de salud, reducir la probabilidad de hospitalización o evitar la muerte; así como, los insumos para el análisis del impacto presupuestario. Dicho informe deberá estar foliado y suscrito por los miembros del CFT. - **Si el informe técnico es favorable, el Comité de Farmacoterapia-CFT de cada establecimiento de salud de la institución de la RPIS elevará el mismo a la máxima autoridad del establecimiento de salud (anexo 3),** junto con la solicitud correspondiente; caso contrario, informará al médico especialista prescriptor que la solicitud no es procedente." "Art. 19 (vigente a la fecha en que se contra referenció a la paciente).- La máxima autoridad del establecimiento de salud solicitará a la máxima autoridad en salud de la respectiva institución de la RPIS a la que pertenece el establecimiento que brinda atención al paciente, la autorización para la adquisición del medicamento, adjuntando el expediente completo e informe técnico favorable del CFT, observando el órgano regular correspondiente, según el siguiente detalle: Establecimientos de salud del Ministerio de Salud Pública: a la o el Subsecretario Nacional de Gobernanza de la Salud.- - Establecimientos de salud del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social: a la o el Director del Seguro General de Salud Individual y Familiar. - Establecimientos de salud de las Fuerzas Armadas: a la o el Director General de Sanidad de Fuerzas Armadas y Salud. - Establecimientos de salud de la Policía Nacional: a la o el Director Nacional de Atención Integral en Salud." " Art. 25.- **En el caso de pacientes derivados desde la RPIS a la RPC** y pacientes autoderivados con cobertura RPIS, **los establecimientos de salud de la RPC deberán proceder conforme a lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de este Reglamento;** el CFT del establecimiento de salud de la RPC deberá remitir la solicitud con el informe técnico basado en evidencia, a la máxima autoridad del establecimiento de salud; caso contrario, se informará al médico especialista prescriptor que la solicitud no es procedente. Para el caso de pacientes auto-derivados con cobertura RPIS, previamente a la atención de salud, el establecimiento de salud de la RPC solicitará el código de derivación conforme a la normativa vigente, a fin de iniciar el trámite correspondiente." "Art. 26.- La máxima autoridad del establecimiento de salud de la RPC remitirá la solicitud de autorización para la adquisición de medicamentos que no constan en el CNMB vigente en casos no emergentes, junto con el informe técnico favorable, a la máxima autoridad del establecimiento de salud de la RPIS que derivó al paciente, para lo cual el CFT de este establecimiento deberá definir el proceso interno para el análisis de la pertinencia clínica y científica de dicha solicitud. De no presentar observaciones, el establecimiento de la RPIS procederá conforme a lo establecido en los artículos 19 al 23 del presente Reglamento; caso contrario, a través de su máxima autoridad, se notificará las observaciones a la máxima autoridad del establecimiento de salud de la RPC."

De todo lo anotado vemos que en el convenio se establecen las obligaciones del prestador, (SOLCA), de entre las cuales está la de proporcionar atención de especialidad para el diagnóstico y tratamiento de los pacientes derivados del IESS, que incluye proporcionar medicinas, suministros e insumos médicos, además, está la obligación de asegurar la calidad y continuidad en la atención médica integral a los pacientes derivados por el IESS, cumpliendo los protocolos médicos y los procedimientos técnicos, administrativos y financieros, siendo responsabilidad del prestador implementar los mecanismos administrativos, informáticos, financieros, etc. para lograr una efectiva gestión de relacionamiento y atención al asegurado.

Sin embargo, en el presente caso, si bien el 18 de noviembre del 2021, el Comité Multidisciplinario del SOLCA Núcleo de Portoviejo, consideró que la paciente, debía de recibir tratamiento con Ribociclib más letrozol(medicamento que no se encuentra en el CNMB), y consideró contrareferenciar la atención al IESS, no obstante, como se indicó en el documento incorporado a

fojas 4 y a fojas 52, no se observa ninguna constancia de haber sido recibido por parte del IESS, siendo además que, no es el documento válido para realizar los trámites correspondientes para obtener el medicamento que no consta en el Cuadro Nacional de Medicamento, pues, en el presente caso, la Sociedad de Lucha contra el cáncer de SOLCA – Manabí Núcleo de Portoviejo, no realizó el trámite previsto en el Reglamento para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos – CNMB Vigente, además, no se aseguró en **la calidad y continuidad en la atención médica integral** de la paciente que había sido derivada por el IESS, **dado, que era obligación de cerciorarse si estaba o no siendo atendida la paciente, si se estaba continuando con el trámite**, pero, no se observa que se hubiere preocupado porque la paciente tuviera una atención de calidad, y que se le hubiera proveído de la medicina que requería. Por aquello, no es procedente considerar que la entidad accionada apelante, está fuera de responsabilidad, ya que hasta la fecha en que se presentó la acción de protección y la emisión de la sentencia de primer nivel, la accionante no recibió la medicación que se le había prescrito por el médico de la accionante.

Es de considerar que si la entidad accionada, debía de proceder con la compra del medicamento, no es que tal compra sería un perjuicio económico para la apelante, ya que lo que tenía que hacer era proceder a emitir las correspondientes facturas y planillas, adjuntado la documentación según las directrices señaladas en la Norma Técnica de Servicios de Salud entre Red Pública y Privada, del Tarifario de Prestaciones Sanitarias y demás protocolos y normas establecidas para requerir el pago del precio por los servicios prestados de conformidad con las cláusulas sexta y séptima del CONVENIO DE GESTIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD DE LA RED PRIVADA COMPLEMENTARIA ENTRE EL IESS Y SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER DE MANABÍ - NÚCLEO DE PORTOVIEJO –SOLCA MANABÍ.

#### **DERECHOS VIOLENTADOS:**

**LA ACCIONANTE EN SU DEMANDA CONSIDERA COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES VIOLENTADOS EL DERECHO A LA SALUD; EL DERECHO AL ACCESO A MEDICAMENTO DE CALIDAD, SEGUROS Y EFICACES; Y, EL DERECHO A UNA VIDA DIGNA:**

En cuanto al derecho a la salud, establecido en el antes citado artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador, es pertinente indicar que, la Corte Constitucional, al emitir la Sentencia No. 364-16-SEP-CC, dentro del caso No. 1470-14-EP, ha manifestado en lo pertinente: *"...El derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, implica también la obligación que tiene el Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud..."*

Sobre la Salud, la Ley Orgánica de la Salud nos dice: *"Art. 3.- La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables."*

Pero este derecho a la salud, no solo está garantizado en la Constitución como lo hemos visto

según el articulado analizado anteriormente en el presente fallo, o en la legislación nacional como en la Ley Orgánica de la Salud, pues, este derecho a la salud está presente en la normativa internacional, que debe ser observada por el país, según lo dispuesto en el Art. 417 de la Constitución, al ser tratados internacionales ratificados por el Ecuador, estando obligados a aplicarlos de manera directa, debiendo de precautelar el derecho a la salud, en la prevención, asistencia y tratamiento de enfermedades, así tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Art. 25, numeral 1, que nos dice: *"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad"*. En la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, Art.11: *"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"*.- **El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, "Protocolo de San Salvador", Art.10 dice: *"Derecho a la salud 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 4.- Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables"*. **El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, Art. 12 numeral 1, expresa: *"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) c.) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d.) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"*.

En cuanto a los parámetros para la adquisición y entrega de medicamentos, como ya hemos anotado, la Constitución, en el Art. 363 numeral 7, establece en forma concreta que el Estado *debe de garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces*, así como regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En este mismo orden de ideas el Art. 367 ibídem establece: *"El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad"*. Y como ya hemos anotado las disposiciones pertinentes de la Ley de Seguridad Social, debiendo también considerarse el contenido en la sentencia emitida por la Corte Constitucional No. **679-18-JP/20 y acumulados, esto es, haberse contado con el médico especialista tratante del HOSPITAL SOLCA MANABI, HOSPITAL GENERAL DE PORTOVIEJO DEL IESS y MINISTERIO DE SALUD PUBLICA**, los profesionales **BIOQUÍMICA FARMACÉUTICA DEL MSP Y EL MIEMBRO DELEGADO DEL COMITÉ TECNICO INTERDISCIPLINARIO DEL IESS** y dar cumplimiento al Acuerdo No.



00018-2021, en donde se expide el Reglamento para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos – CNMB Vigente, publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 573 del 09 de noviembre del 2021, sin embargo, es la inoperancia y desconocimiento de SOLCA, con respecto al trámite que debió seguir que incide en la demora y el transcurso del tiempo para que la actora acceda a ese medicamento importante y necesario para su salud, situación que ha provocado carencia y situaciones que restringen su derecho para gozar de una expectativa de vida que se traduce a gozar de una vida digna.

En este punto es importante hacer referencia a la sentencia constitucional No.670-18.JP/20 y acumulados a partir del párrafo 218 en donde desarrolla el DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN CASOS DE ACCESO A MEDICAMENTOS, y en lo pertinente en el párrafo 224 que indica que los jueces y juezas: *"...no deben suplantar al médico que prescribe de forma adecuada, al ente encargado de las compras públicas o al ente rector del sistema salud"*, en tal sentido, es de mencionar que se en el proceso llevado en primer nivel se ha hecho cumplir con las directrices correspondientes pues a la Audiencia llevada a efecto se convocó además de las partes procesales, a una persona experta del COMITÉ TÉCNICO INTERDISCIPLINARIO, o quien haga sus veces del subsistema al que pertenezca la paciente que demanda, con el objeto de establecer de manera objetiva e imparcial la calidad, seguridad y eficacia del medicamento prescrito para el caso en concreto y UNA PERSONA EXPERTA EN CUIDADOS INTEGRALES para que garantice que la paciente cuenta con la información completa para tomar una decisión libre y voluntaria sobre el tratamiento con medicamentos; así mismo, se contó con la delegada de la Dirección Nacional de Medicamentos del MSP o quien ejerza esas funciones quien podrá hacer el seguimiento de la demanda y comparecerá si creyere necesario. De tal manera que, de la revisión y examen de las actuaciones de primera instancia, bajo los parámetros establecidos consta desarrollada la audiencia constitucional, tal como lo ha previsto la Corte Constitucional, situación que no es motivo de apelación, ya que la entidad apelante está de acuerdo con que a la accionante sí le corresponde el derecho a acceder a una medicina que cumple con los estándares legales, que ha sido prescrita por el médico tratante especializado y que la accionante ha accedido de manera libre y voluntaria siendo ampliamente informada sobre los aspectos técnicos de la medicación.

Bajo todo el articulado que se ha referido en la presente sentencia y de acuerdo al análisis de los hechos probados según el acápite 5.2. del ordinal quinto del presente fallo, así como el análisis que se ha realizado en el presente acápite, el Tribunal considera que el derecho a la salud, el derecho al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, así como el derecho a una vida digna sí se han vulnerado, ya que a pesar de que el 18 de noviembre del 2021, el Comité Multidisciplinario del SOLCA Núcleo de Portoviejo, consideró que la paciente, debía de recibir tratamiento con Ribociclib más letrozol(medicamento que no se encuentra en el CNMB), al no realizar el trámite legal de acuerdo al Reglamento para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos CNMB vigente; y, al no hacerle un seguimiento al trámite de "contrareferencia", SOLCA no se pudo percatar que no estaba haciendo el trámite correcto; y, que sobretodo la paciente no estaba siendo atendida de manera adecuada, por lo que ha incumplido con sus obligaciones contraídas en el Convenio de gestión interinstitucional para la prestación de servicios de salud suscrito con el IESS, pues, no se aseguró en **la calidad y continuidad en la atención médica integral** de la paciente que había sido derivada por el IESS, **dado, que era obligación de cerciorarse si estaba o no siendo atendida la paciente, si se estaba continuando con el trámite pertinente para que** la accionante pueda acceder a la medicina que requería para mantener su salud y por lo tanto al no recibir la medicación que se le había prescrito por el médico de la accionante, se le ha vulnerado ambos derechos, el derecho a la

salud y el derecho a acceder a medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

**6.3.2) En relación al requisito contenido en el numeral 2 del artículo en estudio (Art. 40#2 LOGJCC), esto es, si de los hechos probados se aprecia que existe "2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente;" (Art. 41 #1 LOGJCC Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.)**.- En el caso en particular, como se ha dejado establecido en el acápite anterior, se ha probado que existe la omisión por una autoridad pública no judicial, Sociedad de Lucha contra el cáncer SOLCA Manabí Núcleo de Portoviejo, e, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al no haber realizado las gestiones administrativas correspondientes legales, para la adquisición de la medicina requerida por la paciente, hoy accionante, que no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos vigente, según el análisis realizado en el acápite anterior, responsabilidad compartida con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por no haber ejercido sus facultades de revisión y/o control y sus obligaciones según la cláusula NOVENA, entre otras, del Convenio de Gestión Interinstitucional para la Prestación de Servicios de Salud de la Red Privada complementaria entre el IESS y Sociedad de Lucha contra el cáncer de Manabí Núcleo de Portoviejo SOLCA MANABI, tanto más que es el obligado directo según la Constitución y la Ley de Seguridad Social. -

Por todo lo expuesto, este Tribunal de Apelación considera que al haberse omitido atender de manera oportuna y bajo las normas pertinentes el requerimiento de la parte accionante, se encuadra en el numeral 1 del Art. 41 de la LOGJCC, por lo tanto, se cumple con el segundo requisito contemplado en el Art. 40#2 LOGJCC. -

**6.3.3.) En relación al requisito contenido en el numeral 3 del artículo en estudio (Art. 40 #3 LOGJCC), esto es, si de los hechos probados se aprecia que existe "3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado."**.- Para dicho análisis, citamos el razonamiento plasmado en la Sentencia No 001-16-P.JO-CC, de la Corte Constitucional del Ecuador, de fecha Quito, D. M., 22 de marzo de 2016, antes citada, en la cual la Corte explica: "63. Es así que el requerimiento de la "inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado" no va orientado a impedir la activación de la justicia constitucional, sino que precautela que ésta sea invocada cuando la materia que la motiva requiera verdaderamente de un pronunciamiento de esta índole y no ordinario; cuando el ámbito constitucional del derecho de las personas sea vulnerado. 64. En tal virtud, cuando de por medio existan vulneraciones a derechos constitucionales de las personas la vía adecuada y eficaz para la protección de ese derecho será la acción de protección. Mientras que cuando el asunto controvertido se refiera a cuestiones que aún cuando tengan como base un derecho constitucional, puedan efectivamente tramitarse en la justicia ordinaria, por referirse a la dimensión legal del derecho y contar con vías procesales creadas precisamente para ventilar esa clase de asuntos, verbigracia los derechos patrimoniales, pueden ser reclamados mediante la vía civil o laboral, supuesto para el cual, es la vía ordinaria la que se debe activar y no la constitucional. 65. Ello porque se pretende que las garantías jurisdiccionales constitucionales de los derechos mantengan su categoría, de mecanismos útiles para de manera eficaz y urgente, superar aquellas situaciones de vulneración de derechos constitucionales de las personas, pues su generalización y empleo a cuestiones que claramente exceden su ámbito de aplicación incide negativamente en su ordinarización, perdiendo su razón de ser y afectando su esencia por cuanto se permite que mediante la justicia constitucional, se resuelvan conflictos para los cuales no fueron concebidas originalmente.

66. Por lo tanto, el requerimiento que hace la norma del artículo 40 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, va orientado a delimitar aquellos casos en los que cabe la invocación de la acción de protección y aquellos en los que el conflicto corresponde ser ventilado en la justicia ordinaria. 67. Lo anterior no debe llevar al equívoco de considerar que la norma in studium 11 ha consagrado la residualidad de la acción de protección, sino, todo lo contrario, pretende delimitar claramente el campo de acción de una y de otra vía, teniendo presente que la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante la sentencia N. 0 001-10-PJO-CC, expedida en el caso N. 0 0999-09-JP, ha manifestado: "La acción de protección procede cuando exista la vulneración de derechos constitucionales proveniente de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia ...". Por otro lado, tampoco cabe la posición de los operadores jurídicos que eludiendo su responsabilidad de jueces constitucionales, al conocer las acciones de garantías jurisdiccionales y aun cuando del proceso se advierte, de modo inequívoco, la vulneración de derechos consagrados en la Constitución, recurren a la alegación de que los hechos sometidos a su conocimiento se tratan de asuntos de mera legalidad y sugiriendo a los afectados a que acudan a las vías ordinarias (por ejemplo, la contencioso tributaria o administrativa), sin reparar en que aquellas no constituyen las vías adecuadas, ni eficaces, para proteger y reparar de modo inmediato la afectación de derechos constitucionales. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia N° 0085-12-SEP-CC caso N. 00568-11-EP, ha manifestado lo siguiente: "No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; **lo que debe quedar claro es que, tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros "mecanismos de defensa judicial") devienen en ineficaces para la protección de esos derechos**... (Énfasis fuera de texto)...". Bajo este razonamiento de la Corte Constitucional, se infiere que la existencia de un mecanismo judicial para reclamar el derecho vulnerado, no per sé impide la activación de la vía constitucional para su restablecimiento, sino que requiere un análisis profundo a fin de establecer cuál de las dos vías (judicial o constitucional) resulta más idónea y eficaz en el caso en concreto. La Corte Constitucional el 22 de marzo de 2016, en sentencia No. 001-16-PJO-CC, dentro del caso N. 0 0530-10-JP, ha manifestado: "73. Cabe una reflexión final, respecto de la adecuación y eficacia de la vía constitucional para proteger el derecho vulnerado. Si bien en líneas anteriores esta Corte ha establecido la implicancia del numeral 3 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en la práctica, el requerimiento descrito ha sido interpretado como la consagración de la residualidad de la acción de protección por parte de la legisladora o legislador ecuatoriano. Sin embargo, es criterio de esta Corte, que el sentido de la norma difiere del descrito, por las siguientes consideraciones: **74. El término "adecuado" ha sido concebido como "apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo". Ello trae como consecuencia que el mecanismo invocado para reparar o detener la vulneración a un derecho sea el idóneo, apto para restaurar ese derecho. Por su parte, la palabra "eficaz" significa que el objeto, medio, mecanismo, etc., sea capaz de lograr el objeto que se desea o persigue. **Por tanto cuando se activa la justicia constitucional por medio de una acción de protección, se está invocando el funcionamiento de un procedimiento sencillo, rápido, eficaz y oral (artículo 86 numeral 2 literal a de la Constitución de la República), por cuanto la conducta de la autoridad pública o el particular ha afectado, menoscabado, violentado el ámbito constitucional de un derecho. Es decir, la naturaleza de la afeción debe revestir relevancia constitucional para que la acción de protección se constituya en el medio apto para resarcir la vulneración del derecho constitucional.** 75. Por tanto, la acción de protección se erige en el mecanismo judicial adecuado y eficaz para resolver sobre el derecho constitucional vulnerado. Lo cual**

*trae como consecuencia que cualquier otro mecanismo en la vía constitucional o en la justicia ordinaria se convertiría en una vía ineficaz para resolver sobre el derecho conculcado, pues se trata de un acto u omisión que lesiona arbitraria, ilegítima y manifiestamente la dimensión ius fundamental de un derecho consagrado en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.*

En el caso en particular, en cuanto al último y tercer requisito del Art. 40 de la LOGJCC, en análisis, sobre la Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger los derechos violados alegados, cabe indicar que se ha determinado que sí existe vulneración a los derechos constitucionales, que han sido aludidos por la accionante, tal como se ha detallado en el acápite anterior, siendo que en el caso en concreto la utilización de la justicia convencional resultaría ineficaz para proteger los derechos alegados por la accionante.-

Este Tribunal de Alzada considera que, si bien existen mecanismos ordinarios de defensa para reclamar la ilegalidad de actos administrativos en términos generales tal como lo señala el Art. 117 del Código Orgánico de la Función Judicial cuando dice: *“Art. 217.- Atribuciones y deberes.- (Reformado por el Art. 7 de la Ley s/n, R.O. 490-2S, 13-VII-2011).- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: 1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario; (...)4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado; (...) 15. Los demás asuntos que establezca la ley...”*, sin embargo, es de observar que en el caso en particular los derechos constitucionales que reclama la accionante y le han sido declarado vulnerados por este Tribunal de Apelación, son: el derecho a la Salud, al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces y derecho a una vida digna, **por haber omitido darle el trámite correspondiente a su petición**; considerando, en este contexto, su condición de paciente oncológica y al tratarse de una persona adulta mayor, tal como se desprende de la documentación que se anexa al proceso, lo que a su vez la ubica en el grupo vulnerable, con doble vulnerabilidad, según el Art.35 de la Constitución, debiéndose de garantizar la atención de manera prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, procurándole la equiparación de oportunidades e integración social.

Por aquello este Tribunal considera que no existe otro mecanismo de defensa judicial **adecuado y eficaz** para proteger los derechos violados, a la que la accionante consideraba que tenía derecho; siendo la presente acción de protección un mecanismo directo y eficaz que ha tomado la accionante por su condición, y las situaciones fácticas recogidas en la norma, para que mediante el procedimiento breve, informal y sencillo, pueda obtener rápida y de forma oportuna la protección necesaria, frente a las omisiones de la autoridad pública o de la prestadora del servicio público, que ha violado sus derechos constitucionales, indicados; por las consideraciones expuestas, no se considera que la cuestión tratada en esta acción pudiera haberse ventilado como una situación de mera legalidad que debería de ser planteada en la vía ordinaria.-

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Apelación, considera que este requisito también se cumple, en tal virtud, la acción entablada por el señor MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA es procedente. -

Es de indicar que este Tribunal, no considera que la situación puesta a nuestro conocimiento pueda encuadrarse en los presupuestos contemplados en el Art. 42 de la LOGJCC, por cuanto de los hechos, sí se desprende que existe una violación de derechos constitucionales. La parte accionada no ha probado que los actos u omisiones de los que se desprende la violación de los derechos constitucionales hubieren sido revocados o extinguidos, pudiendo advertirse que de tales omisiones sí se deriva un daño a la accionante susceptible de reparación. Tampoco en la presente acción constitucional, se demanda exclusivamente la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. Además, como quedó anotado el acto y omisión demandada, no puede ser impugnado en la vía judicial o administrativa por no ser la vía adecuada y eficaz.

En cuanto a lo establecido en el numeral 5 del Art. 42, este Tribunal considera que la presente acción no se trata de la obtención de declaratoria de un derecho, puesto que el derecho a la salud, es inherente al ser humano y que debió de ser reconocido y garantizado, por el Estado Ecuatoriano, representado por el IESS o la prestadora del servicio público, SOLCA, siendo que se ha comprobado que dichas entidades han omitido sus obligaciones de proveer a la accionante el derecho a acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces y por ende a una vida digna, lo que constituye en sí un acto violatorio de los derechos constitucionales de una persona de la tercera edad que sufre una enfermedad de las consideradas como catastróficas, a quien la Constitución de la República en su Art. 35 le garantiza protección de manera prioritaria más aún por su doble condición de vulnerabilidad.

Y finalmente, se observa que la omisión emanada por la autoridad administrativa, no judicial, no se trata de providencias judiciales, o, emanados de actos u omisiones del Consejo Nacional Electoral. -

**SÉPTIMO.** - Por los argumentos, motivaciones y presupuestos indicados, esta Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, atendiendo el recurso de apelación de la parte accionada **RESUELVE NEGAR LA APELACIÓN PLANTEADA POR** la Doctora Ruth Rivera Chang de Zambrano, en su calidad de Presidente del Consejo Directivo de la SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER DE SOLCA - Manabí Núcleo de Portoviejo y por consiguiente su representante legal; y, por lo tanto **CONFIRMAR LA SENTENCIA VENIDA EN GRADO** en todas sus partes, corrigiendo el nombre de la accionante, quien es, MOREIRA BARREZUETA MERCEDES MAGALITA.- Cúmplase con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador.- Una vez ejecutoriada la sentencia remítase al Juez inferior para los fines legales pertinentes.- Intervenga la Secretaria Relatora (e) de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí según la designación de la autoridad competente del Consejo de la Judicatura.- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**-

f: GARCIA MERIZALDE CELIA ESPERANZA, JUEZA; VELASCO ACOSTA HUGO RAFAEL, JUEZ; PONCE FIGUEROA TEDDY LYNDA, JUEZA

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

ANDRADE CARRION TATIANA ELIZABETH  
SECRETARIA

***[Link para descarga de documentos.](#)***

[Descarga documentos](#)

\*\*\*\*\*

La información contenida en este mensaje es confidencial y reservada, prevista solamente para el uso de la persona o la entidad a quienes se dirija y no puede ser usada, reproducida o divulgada por otras personas.

Si usted no es el destinatario de este mail, le rogamos se sirva eliminarlo.

\*\*\*\*\* UTILIDAD SOLO PARA INFORMACIÓN \*\*\*\*\*