

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN
DE CONTROL DE GARANTÍAS**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril del dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación:	No. 2021-081
Accionante:	Hugo Humberto Luna Méndez actúa Como agente oficioso progenitora Isabel Méndez de Luna
Accionado:	Sanitas EPS
Decisión:	Niega Tutela Hecho Superado

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por HUGO HUMBERTO LUNA MNDEZ, quien actúa como agente oficioso de su progenitora ISABEL MÉNDEZ DE LUNA, en contra de Sanitas EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El actor, interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que su progenitora es una persona de 73 años de edad, afiliada a la EPS Sanitas en el régimen contributivo, que se encuentra en tratamiento permanente por su diagnóstico Cistitis Intersticial crónica; que desde el 25 de noviembre de 2011 el médico tratante le ha ordenado el medicamento Pentosano Polisulfato de sodio, capsulas de liberación no modificada y desde el 25 de noviembre de 2020 las mismas no han sido entregadas por la EPS.
2. Agrega que en varias ocasiones se ha acercado a las sedes de las droguerías Cruz Verde, que es la IPS autorizada por la EPS Sanitas y le indica que el medicamento no lo tienen desde hace un año y la EPS Sanitas no ha realizado su solicitud; que el medicamento siempre se lo habían entregado y no se habían presentado inconvenientes, que su señora madre lleva siete años con ese medicamento y prácticamente es de por vida.

- Indica que desde el mes de noviembre de 2020 no le han entregado el medicamento a su progenitora, por ser esencial y permanente para el control de su enfermedad; que por ese motivo acude a esta acción para la protección de sus derechos reclamados los cuales están siendo vulnerados por la EPS Sanitas con la reiterada negación.

PRETENSIONES

Peticona el accionante se tutele en favor de su progenitora los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social y en consecuencia de ello se ordene a Sanitas EPS, suministrar el medicamento Pentosano Polisulfato de Sodio, cápsulas de liberación no modificada, de conformidad con lo ordenado por el médico tratante con urgencia, prioritario y con la periodicidad que se requiere y cada vez que el médico tratante lo ordene sin demoras, ni trámites administrativos desgastadores, que ponga en peligro la salud y vida digna.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Sanitas EPS

El Representante Legal para Asuntos de Salud y Tutelas de la entidad en mención, informó al despacho que la señora ISABEL MÉNDEZ DE LUNA, se encuentra afiliada a la EPS Sanitas, en calidad de cotizante dependiente; que presenta Cistitis Intersticial Crónica; a la par indicó que, a la accionante se le ha brindado todas las prestaciones médico asistenciales conforme las ha requerido, las cuales han sido prestadas a través de un equipo multidisciplinario y de acuerdo a las prescripciones de sus médicos tratantes.

Agrega que respecto a la solicitud de la autorización oportuna del medicamento mencionado en la presente acción constitucional, la EPS ha cumplido con todas sus obligaciones al efectuar las autorizaciones correspondientes de los medicamentos prescritos a la señora ISABEL MÉNDEZ, y la responsabilidad de la distribución, despacho y entrega del mismo, le corresponde al proveedor que es las Droguerías y Farmacias Cruz Verde SAS., Y a la fecha no hay registro de servicios negados o pendientes de trámite por parte de la EPS Sanitas; así mismo informa que por parte de su proveedor Droguerías y Farmacias Cruz Verde SAS, informó de su imposibilidad de entregar el medicamento por presentarse novedad de agotamiento por parte del laboratorio.

Indica que frente al desabastecimiento del medicamento reportado por el laboratorio, se encuentra ante la real imposibilidad material de dar continuidad al suministro del mismo, por lo que la señora ISABEL MÉNDEZ, debe acudir a su médico tratante para que sea reformulada con un medicamento homólogo

que se ajuste a sus necesidades de salud, programándose la consulta para el día 14 de abril de 2021 con el doctor Jairo Humberto Correa Mejía en la Clínica Universitaria Colombia con el fin de estudiar la posibilidad de formular otro medicamento y de lo anterior fue informado al hijo de la paciente; que la Droguería Cruz Verde les indicó que revisaron su stok a nivel nacional y se le entregaron 90 tabletas del medicamento Polisulfato de Sodio en su domicilio y no puede asegurar que en el futuro se pueda seguir dispensando.

Adiciona que en relación con la pretensión de suministro de tratamiento integral, sin que se cuente con orden o prescripción médica, considera que no se puede presumir que en el futuro EPS Sanitas S.A.S, vulnerará o amenazará los derechos fundamentales de la accionante, ya que la pretensión elevada es referente a hechos que no han ocurrido y se ignora si ocurrirán, razón por la cual, solicita la negación de la misma, si cuando esta Entidad ha brindado los servicios que le han sido prescritos y no le ha negado los medicamentos que cuentan con orden médica.

Finaliza solicitando que en caso que se tutelen los derechos invocados por la accionante, el fallo se delimite en cuanto a la patología objeto del protección, estableciendo que la prestación de las tecnologías en salud proceden siempre y cuando se cuente con orden o justificación de los médicos tratantes adscritos a la EPS Sanitas; que se ordene a la Administradora de los Recursos del SGSSS-Adres, que reintegre a su representada, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en salud.

Sociedad Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S

La representante legal para asuntos judiciales, informo al Despacho que han venido atendiendo con oportunidad y calidad las distintas solicitudes de entrega de medicamentos en favor de la usuaria y han sido autorizadas por la EPS Sanitas; que existe una relación comercial que se circunscribe con la entrega de medicamentos e insumos médicos autorizados por la EPS a sus pacientes, continuara haciendo entrega de los medicamentos que la EPS indique, siempre que se encuentren disponibles; que CRUZ VERDE no interfiere en el proceso de prescripción ni de autorización de dispensación de medicamentos y no es el asegurador en salud de los usuarios.

Agrega que el medicamento requerido por la accionante Pentosano Polisulfato de Sodio 100 mg/1u (Mentosanyl 100 mg) se encuentra agotado, como se acredita con comunicación emitida por los laboratorios fabricantes, lo cual es una situación que escapa de la voluntad y de la esfera de control del dispensador farmacéutico y lo que constituye una imposibilidad fáctica y jurídica para dispensar el medicamento requerido; que ante el hecho del agotamiento de unidades del producto por parte de los laboratorios fabricantes, no solamente afecta a un gestor, IPS o EPS sino a la población en general por lo que no puede atribuirse de ninguna manera el hecho del agotamiento de

unidades del medicamento y mucho menos vulneración de los derechos fundamentales de la accionante; precisa que en la actualidad ya se cuenta con la disponibilidad del medicamento y se procedió con la dispensación del volante habilitado 138090027, que los volantes no fueron entregados debido a la novedad, el último volante de la usuaria se habilitó a finales de abril 138090988 habilitado a partir del 24/04/2021, en la actualidad la usuaria cuenta con la dispensación del medicamento correspondiente al mes de marzo de 2021.

Indica que los volantes de autorización emitidos por EPS Sanitas ya se encuentran vencidos y no es posible dispensar y lo procedente es que la usuaria concorra a su servicio médico para valorar la pertinencia de una nueva formulación; que su representada no tiene injerencia en el proceso de prescripción de autorización de dispensación y no puede dispensar medicamento con volantes fuera de su vigencia máxime por cuanto la dispensación pretendida es con cargo a recursos del SGSSS.

Solicita al Despacho desvincularlo de la presente acción de tutela, que el interés jurídico por parte pasiva se encuentra radicado en cabeza de la EPS Sanitas, quienes tienen la obligación legal frente al cumplimiento de las prestaciones en salud descritas en la ley.

ADRES- Administradora de los recursos del sistema de salud

El abogado de la entidad en mención manifestó al Despacho, que el ente al que representa es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el sector salud- FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recaen como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), siendo que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud.

Agregó que los derechos presuntamente vulnerados en la presente tutela, es de responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la salud y para ello tiene el deber indelegable en la definición de políticas y reglamentación de todo lo atinente a la prestación del servicio de salud y de las condiciones en que esta tenga lugar. Que la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

Indica que los supuestos fácticos que motivaron la presentación de la acción de tutela, la accionante pertenece al régimen de excepción y por lo tanto debe indicarse que la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES no tuvo participación directa o indirecta, por lo que desconoce no solo su veracidad, sino que dicha situación fundamenta su falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no ha desplegado ningún tipo de comportamiento relacionado con las vulneraciones a derechos fundamentales descritas por la accionante.

Afirma que la cobertura de medicamentos, indica que su alcance se ha establecido de forma expresa en las distintas normas que determinan el contenido del Plan de Beneficios garantizado por la EPS o EOC a sus afiliados; que los medicamentos se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios del que trata el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, los cuales son objeto de reconocimiento a las EPS y EOC, a través de la Unidad de Pago por Capitación -UPC; por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en causa por pasiva de su representada.

Superintendencia Nacional de Salud

La asesora del superintendente Nacional de Salud, de la entidad en mención manifiesta al Despacho que se observa que la señora ISABEL MÉNDEZ DE LUNA fue diagnosticada con “*cistitis Intersticial crónica*”, requiriendo los medicamentos “*pentonaso polisulfato de sodio*” la cual no han sido autorizado y garantizado por la EPS como el tratamiento integral, teniendo en cuenta los hechos de la acción constitucional, solicita su desvinculación de toda responsabilidad que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva; que efectivamente las EPS, son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud y por lo tanto, son las llamadas a responder por toda falla, lesión, enfermedad e incapacidad, se genere con ocasión de la no prestación o prestación indebida de los servicios de salud, incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en salud.

Agrega que la entidad que representa, es un organismo de carácter técnico, que, como órgano de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en salud, debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados por la ley y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados.

Que se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante en los conflictos entre el actor y la EPS accionada, por cuanto la decisión de ordenar los servicios formulados, obedece a la enfermedad que padece el paciente, a la formación y conocimiento del galeno; en el evento en que el

médico tratante considere que los servicios ordenados se ajustan a la necesidad del paciente, la EPS accionada se encuentra en la obligación de garantizar el servicio bajo estándares de oportunidad, accesibilidad y eficiencia, en los términos y para los efectos de las normas antes transcritas.

Indica que respecto a la atención y tratamiento integral que requiere el paciente, es menester precisar que su autorización debe ser sustentada en órdenes emitidas por el médico tratante, pues corresponde a aquel determinar el destino, el plan de manejo a seguir y la prioridad del mismo, teniendo como fundamento las condiciones de salud de la paciente, por ser quien posee el conocimiento técnico científico y la experticia necesaria para decidir el tratamiento, de conformidad con lo establecido en la Ley 23 de 1981 y los artículos 104 y 105 de la Ley 1438 de 2011, los cuales versan sobre la autonomía y la autorregulación de los profesionales de la salud.

Adiciona que la accionante es un adulto mayor por lo que es pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-111 de 2013 sobre el derecho fundamental a la salud, específicamente frente a la población adulta mayor y en situación de discapacidad, que es relevante la atención en salud de personas de la tercera edad, ya que dadas las dolencias connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran requieren de cuidado médico urgente, siendo sujetos de especial protección por parte del Estado Colombiano. Finaliza solicitando declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva y desvincularlos de la presente acción constitucional.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, el accionante allegó los siguientes documentos:
 - Fotocopia de la cédula de ciudadanía de ISABEL MÉNDEZ DE LUNA.
 - Fotocopia de la orden médica de fecha 25 de noviembre de 2020 a nombre de la accionante, expedida por la Clínica Universitaria Colombia.
 - Fotocopia de volante de autorización de fecha 13 de enero de 2021 del medicamento Pentosan Polisulfato Sódico, a nombre de la señora ISABEL MENDEZ DE LUNA.
 - Fotocopia de la relación de las autorizaciones del medicamento a nombre de la accionante.
 - Fotocopia de parte de la historia clínica a nombre de la accionante.
2. La EPS Sanitas, no allegó documento alguno que respaldara su respuesta; Las Droguerías Cruz Verde allegó los reportes de novedad por incumplimiento en la entrega del medicamento de fechas 15 de enero febrero 03, del 05 de marzo de 2021 de laboratorio Franco Colombiano

Lafranco SAS; A su turno Adres y la Superintendencia nacional de Salud, allego fotocopia de la resolución y poder para actuar en esta tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017, que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse la accionada de un particular que presta el servicio de salud y encargada de suministrar el plan de beneficios en salud.

Frente al factor territorial se tiene que el domicilio de la accionante y las entidades accionadas es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

El artículo 86 de la Carta Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, en procura de lograr la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados.

También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar los alcances del derecho a la salud y seguridad social.

1. La Salud y Seguridad Social

La Constitución Política de Colombia consagra el Derecho fundamental a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso en cuanto a prevención, protección y atención en salud se refiere; todo ello acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En consecuencia, el Estado debe procurar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud que requieran, pues ello asegura una calidad de vida digna, teniendo en cuenta que la salud es el instrumento mediante el cual

los seres humanos pueden desarrollarse, pues sin ella, sería imposible ejercer a plenitud los demás derechos fundamentales.¹

El derecho a la salud ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, cuando existe conflicto acerca de la forma en que debe asimilarse su protección. Anteriormente, la Corte aplicaba la tesis de conexidad, en donde el derecho de carácter prestacional, que pretende protegerse por vía de tutela, debe tener una inescindible relación con un derecho fundamental, particularmente la vida digna.

De otro lado con posterioridad, adoptó la tesis según la cual un derecho es fundamental de manera autónoma cuando el fin es garantizar la salud de sujetos de especial protección como los menores de edad, los desplazados y los adultos mayores. En efecto, estos postulados no necesariamente conllevan a delimitar si el derecho a la salud es de carácter fundamental o no, sino a la manera en que debe lograrse su realización en la práctica.

En la sentencia T-760 de 2.008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esa corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esa providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.”

¹ La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que “la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que los derechos de contenido prestacional, en especial a la seguridad social en salud, se le puede reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando (i) se trata de un sujeto de especial protección constitucional, (ii) porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o (iii) porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales².

Por otra parte, frente al carácter de fundamental que puede adquirir el derecho a la salud, cuando se encuentra en íntima relación con uno, que por sí solo, es fundamental, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“[l]a prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez Constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Con todo, actualmente, la Corte ha optado por dejar atrás la tesis de conexidad y adoptar de manera definitiva el criterio según el cual el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, todo ello por cuanto consideró que en sí mismo, exigir tal conexidad resultaba “artificial” ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre “*un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental*”³

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, la Corte Constitucional, también consideró necesario determinar que en ciertos casos la tutela es el mecanismo apropiado para garantizar este derecho cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección. Al respecto la jurisprudencia constitucional puntualizó lo siguiente:

² Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

“Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.”

La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que, dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas. En este sentido se ha indicado que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica, sino que tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que: (i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante del paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando

se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente.

2. El carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, al reiterar que el ordenamiento garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana. La Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, el médico tratante.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que: “...(i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio”⁴.

La Corte ha señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud. No obstante, dado que, bajo la regulación actual, la manera de acceso a los servicios de salud sigue dependiendo, en principio, de si el servicio requerido se encuentra o no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud al cual la persona tiene derecho, la Resolución 3099 de 2008 establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación.

Es decir, que actualmente la normativa en materia de salud le otorga al CTC la facultad para determinar si autoriza o no un servicio de salud no POS ordenado por el médico tratante, de acuerdo con unos criterios y un procedimiento previamente establecido. Sin embargo, han dejado claro a través de la jurisprudencia que:

*“el Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura y a las funciones que desempeña, y por lo tanto ha precisado que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y que **su concepto no es un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente**”*.⁵ (Negrillas fuera de texto)

⁴ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

⁵ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro galeno no es suficiente, la base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante.

El dictamen del profesional de la medicina tratante, respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente⁶.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho analizar si la EPS Sanitas, vulnera los derechos fundamentales invocados en esta acción constitucional de ISABEL MÉNDEZ DE LUNA, al no suministrarle el medicamento Pentosan Polisulfato de Sodio requerido, para el manejo de la enfermedad que padece y que fue prescrito por el médico tratante, al igual que el tratamiento integral que llegare a requerir.

Bajo las anteriores premisas procede el Despacho al caso objeto de estudio.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso concreto, se está frente a la presunta vulneración a los derechos fundamentales invocados de ISABEL MÉNDEZ DE LUNA quien tiene 73 años de edad y padece de *cistitis Intersticial crónica*; que el médico tratante le ha ordenado desde hace varios años el medicamento Pentosan Polisulfato de Sodio capsulas de liberación no modificada y desde el 25 de noviembre de 2020 las mismas no han sido entregadas por la EPS, comprometiendo la salud y vida de la accionante.

Teniendo en cuenta los soportes allegados por el hijo de la accionante, observa este Despacho que obra la respectiva orden expedida por el galeno tratante, para el medicamento Pentosan Polisulfato de Sódico. Sobre el particular y conforme a la jurisprudencia transcrita, uno de los requisitos para la prosperidad de la acción de tutela, dependerá de que los insumos requeridos, hayan sido prescritos por el médico tratante adscrito a la E.P.S. al cual se encuentre afiliada ISABEL MÉNDEZ DE LUNA, aspecto que para el presente caso se cumple.

⁶ Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

Por su parte la EPS Sanitas, indicó que ha cumplido con todas sus obligaciones al efectuar las autorizaciones correspondientes de los medicamentos prescritos a la señora ISABEL MÉNDEZ y la responsabilidad de la distribución, despacho y entrega del mismo, le corresponde al proveedor que es las Droguerías y Farmacias Cruz Verde SAS., Y a la fecha no hay registro de servicios negados o pendientes de trámite por parte de la EPS Sanitas; así mismo manifiesta que por parte de su proveedor Droguerías y Farmacias Cruz Verde SAS, informó de su imposibilidad de entregar el medicamento por presentarse novedad de agotamiento por parte del laboratorio; que frente al desabastecimiento del medicamento reportado por el laboratorio, se encuentra ante la real imposibilidad material de dar continuidad al suministro del mismo, por lo que la señora ISABEL MÉNDEZ, debe acudir a su médico tratante para que sea reformulada con un medicamento homólogo que se ajuste a sus necesidades de salud; que le fue programada la consulta para el 14 de abril de 2021 con el doctor Jairo Humberto Correa Mejía en la Clínica Universitaria Colombia con el fin de estudiar la posibilidad de formular otro medicamento y se le informó al hijo de la paciente.

Con respecto a la Droguería Cruz Verde, expuso que el medicamento requerido por la accionante Pentosano Polisulfato de Sodio 100 mg/1u (Mentosanil 100 mg) se encuentra agotado, como se acredita con comunicación emitida por los laboratorios fabricantes, lo cual es una situación que escapa de la voluntad y de la esfera de control del dispensador farmacéutico; precisa que en la actualidad ya se cuenta con la disponibilidad del medicamento y se procedió con la dispensación del volante habilitado 138090027, que los volantes anteriores no fueron entregados debido a la novedad; el último volante de la usuaria se delegó a finales de abril 138090988 habilitado a partir del 24/04/2021, en la actualidad la usuaria cuenta con la dispensación del medicamento correspondiente al mes de marzo de 2021.

Es de anotar que inicialmente el actor, solicitó en el escrito de tutela le fuera concedida medida provisional para que le ordenara a la EPS Sanitas la entrega del medicamento Pentosan Polisulfato de Sodio, en razón a la enfermedad que presentaba su progenitora ISABEL MÉNDEZ DE LUNA. No obstante, este Juzgado negó la medida, al considerar que no se reunían los requisitos de urgencia y necesidad, para impartir una orden en forma inmediata.

En este orden de ideas concluye el Despacho, que se esta ante un **HECHO SUPERADO**, frente a la entrega del medicamento ordenado a la señora ISABEL MÉNDEZ DE LUNA, requerida con esta acción. Al respecto, en la Sentencia T- 439 de 2018 M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER, se puntualizó respecto al marco conceptual del Hecho Superado:

- (i) *El hecho superado sólo puede producirse de manera previa al proferimiento de una sentencia que ampare el derecho fundamental invocado para su protección.*

- (ii) *Los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato, sin perjuicio de que hayan sido impugnados, conforme a lo prescrito en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Razón por la cual, no constituye hecho superado, sino un simple cumplimiento de sentencia, la conducta que acata la orden impartida por el juez de primera instancia en procura de amparar derechos fundamentales.*
- (iii) *Por lo tanto, en las circunstancias descritas en el párrafo precedente, el ad quem no podría declarar el acaecimiento de un hecho superado, encontrándose limitado a confirmar o infirmar la providencia del a quo.*
- (iv) *Es preciso reiterar que el “hecho superado” sólo se produce cuando las acciones u omisiones del accionado satisfacen íntegramente el derecho fundamental del cual se adujo una vulneración.*
- (v) *Por consiguiente, dicha hipótesis no puede predicarse respecto de derechos fundamentales cuyo resarcimiento dependa de conductas que deban prolongarse en el tiempo, superando el lapso procesal de la tutela. Ello, por cuanto a que en tal circunstancia, al finalizar el trámite constitucional, no se habría satisfecho aun plenamente el derecho invocado y se impediría al accionante ejercer los incidentes de desacato que fueren pertinentes, en caso de que el accionado reincidiera en la conducta vulneratoria alegada en la tutela.*

Quiere decir lo anterior que actualmente no existe una orden que impartir para procurar la protección de los derechos fundamentales reclamados por HUGO HUMBERTO LUNA MNDEZ, quien actúa como agente oficioso de su progenitora ISABEL MÉNDEZ DE LUNA, en contra de la EPS Sanitas; razón por la cual se ha de declarar la no prosperidad de la acción de tutela por constituir **HECHO SUPERADO**; frente a la entrega del medicamento para su progenitora, por cuanto la misma ya se realizó, incluso también se dispuso remisión a galeno para establecer la viabilidad de ordenar otro medicamento que supla el que ya se suministró, por parte de la EPS.

Para finalizar, se tiene en cuenta que HUGO HUMBERTO LUNA MNDEZ, quien actúa como agente oficioso de su progenitora ISABEL MÉNDEZ DE LUNA, peticiono se le autorizaran todos los procedimientos, insumos, intervenciones, medicamentos y hospitalizaciones, que llegare a necesitar para la recuperación de su progenitora, concluyendo que requiere una atención médica integral, pero observa este Despacho que Sanitas EPS, como tal no ha negado ningún servicio, lo acaecido fue falta de oportunidad en el mismo; siendo que para lo peticionado es necesario demostrar un riesgo o amenaza inminente, por cuanto de tutelar un tratamiento que no ha sido negado aún, se estaría frente a una situación futura e incierta, máxime cuando la entidad accionada está cumpliendo garantizando los servicios de salud, se debe recordar que este mecanismo esta instituido para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales ante un hecho dañino, siendo desacertada la posibilidad de

Tutela No. 2021-081

Accionante: Hugo Humberto Luna Méndez agente oficioso progenitora Isabel Méndez de Luna

Accionada: Sanitas EPS

Decisión: Niega tutela Hecho superado

amparar derechos por circunstancias meramente hipotéticas, máxime cuando sobre las misma no se allego soporte que provenga del médico tratante.

De la misma manera no se tutelaré en contra de las Droguerías Cruz Verde, la Administradora de los Recursos del Sistema de Salud – Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, al establecerse que no han vulnerado derechos fundamentales de ISABEL MÉNDEZ DE LUNA.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por HUGO HUMBERTO LUNA MNDEZ, quien actúa como agente oficioso de su progenitora ISABEL MÉNDEZ DE LUNA, en contra de Sanitas EPS, por constituir la acción frente a la entrega del medicamento **UN HECHO SUPERADO**, asimismo no se tutela lo relacionado con el tratamiento integral conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NO TUTELAR de la presente acción en contra de las Droguerías Cruz Verde, la Administradora de los Recursos del Sistema de Salud – Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, como quiera que estas instituciones no han vulnerado derechos fundamentales de la actora, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: INFORMAR al accionante y accionados, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. De no ser recurrida este fallo, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

**OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS
BOGOTA**

Tutela No. 2021-081

Accionante: Hugo Humberto Luna Méndez agente oficioso progenitora Isabel Méndez de Luna

Accionada: Sanitas EPS

Decisión: Niega tutela Hecho superado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

ce39bdc80b5453edb66543c93c17f18b62ca0761f3ed722606987e96428d7b45

Documento generado en 19/04/2021 10:06:38 PM

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