

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



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

Bogotá D.C., cinco (05) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2021-094
Accionante: Liliana Larrota Casallas
Accionado: EPS Sanitas S.A.
Decisión: Concede Tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por LILIANA LARROTA CASALLAS, quien obra en nombre propio, en contra de EPS Sanitas S.A., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La actora, interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que está afiliada desde el año 2016 a la EPS Sanitas S.A., en calidad de beneficiaria de su compañero permanente; que en julio de 2020 le diagnosticaron cáncer de mama; en agosto recibió tratamiento con quimioterapias en 4 ciclos de esquema AC-DDTH Traluzumab; en febrero de 2021 le realizaron procedimiento quirúrgico retirándole los excesos de carcinoma que no fueron erradicados con las quimioterapias.
2. Agrega que mediante comunicado del 24 de marzo de 2021 la EPS Sanitas S.A., le negó el suministro del medicamento Trastuzumab Emtansina TDM-1, con el argumento que ese tratamiento era autorizado solo para pacientes en estado avanzado de dicha enfermedad; que ese medicamento no se encuentra dentro del plan obligatorio de Salud y no puede ser ordenado a través de la plataforma del Mipres por ser de tecnología excluida en la financiación con los recursos públicos asignados a esa entidad.

3. Indica que la negativa de la EPS ante la entrega de dicho medicamento, atenta contra los derechos invocados en esta acción, sin tener en cuenta su diagnóstico principal de tumor maligno de la mama, parte no especifica; que no cuenta con los medios económicos para sufragar los costos del tratamiento médico; actualmente está desempleada y depende económicamente de su compañero permanente.

PRETENSIONES

Por lo anterior solicita la accionante, se tutele a su favor los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de ello, se ordene a la EPS Sanitas S.A., que en forma inmediata le suministren el procedimiento Politerapia Antineoplásica de alta toxicidad con el medicamento Trastuzumab Emtansina TDM-1, según la prescripción médica, cada 21 días y por espacio de 10 meses.

De la misma manera peticiono, la concesión del tratamiento integral, entendido este como las autorizaciones y suministro de todo lo que se derive de la patología enunciada.

La accionante solicitó medida provisional para que el Despacho ordenara a la EPS Sanitas S.A., suministrarle de manera inmediata el procedimiento Politerapia Antineoplásica de alta Toxicidad T-DM1, por su diagnóstico de cáncer de mama, siendo una enfermedad catastrófica y ruinosa y su omisión puede afectar gravemente su salud.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

EPS Sanitas S.A.

El Representante Legal para Asuntos de Salud y Tutelas de la entidad en mención, informó al despacho que a la señora LILIANA LARROTA le prescribieron el medicamento Trastuzumab Emtansina, el cual no hace parte de los contenidos del Plan de Beneficios en Salud y no tiene registro Invima para la patología presentada por la accionante de tumor maligno de la mama, parte no especificada; que cada medicamento tiene unas indicaciones de manejo para determinadas enfermedades y solo se debe usar en las patologías para las cuales está avalado por esa entidad.

Agrega que el medicamento Trastuzumab Emtansina no hace parte de los medicamentos de la lista UNIRS para tumor maligno de la mama, parte no especificada y no se puede solicitar al Mipres; respecto a 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 la EPS Sanitas

S.A., 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 ausencia de la misma, más cuando esa entidad ha brindado los servicios que le han sido prescritos y no le ha negado los medicamentos que cuentan con orden médica, no siendo procedente porque en ningún momento ha realizado actuaciones que tenga la intención de no brindar la atención requerida por la paciente, al contrario ha suministrado los servicios médicos solicitados de manera oportuna y eficaz.

Indica que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres, es la entidad que legalmente debe asumir los costos de servicios excluidos del POS que se ordena a través de fallos de tutela, como lo señala el ordenamiento jurídico del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Finaliza solicitando, que en caso que se tutelen los derechos invocados por la accionante, el fallo se delimite en cuanto a la patología objeto de la 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 y que la orden sea explícita en el sentido que su representada debe cubrir el medicamento Trastuzumab Emtansina en cualquier presentación y concentración según la orden médica; 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 NO PBS.

TERCEROS VINCULADOS

Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S.

La abogada de la entidad en mención manifestó al Despacho que, la relación con la EPS sanitas S.A., se ciñe a la entrega de medicamentos e insumos médicos autorizados previamente a sus afiliados; que el contrato suscrito entre las partes para el efecto y en ese orden, sólo se entregan los productos autorizados previamente por la EPS a sus afiliados y conforme a sus instrucciones; que su representada no interviene en la relación entre el afiliado y la EPS y solo le corresponde vender los medicamentos que la EPS le solicita y entregarlos a quien se lo indique y autorice.

Aclara que a la fecha Droguerías y Farmacias Cruz Verde no cuenta con autorización de servicios aprobada por la EPS Sanitas a favor de la señora LILIANA LARROTA CASALLAS, para el suministro del medicamento Trastuzumab Emtansina 160mg; que con relación al medicamento Difenhidramina Clorihidrato 10mg/ml, la autorización se encuentra dirigida para aplicación a través de Clínica Universitaria Colombia, como se evidencia en el aplicativo autorizador BH de EPS Sanitas; precisa que solamente puede suministrar los medicamentos e insumos conforme a las autorizaciones de

servicios aprobadas por la EPS, por lo que no tiene parte en el proceso de prescripción y autorización; ha realizado las entregas de los medicamentos e insumos requeridos según pantallazo que adjunta a la respuesta, que su representada en ningún momento ha negado el suministro de medicamentos e insumos médicos autorizados a la usuaria.

Agrega que esa entidad no está llamada a responder por los procedimientos médicos requeridos por la usuaria, porque no es la entidad Promotora de los Servicios de Salud de los usuarios, sino que le corresponder a la EPS Sanitas atender dicha pretensión por cuanto es su afiliada, que su representada no se encuentra constituida como una Entidad Promotora de Salud (EPS) o una Institución Prestadora de Salud (IPS), quien debe responder por los servicios de salud y la atención integral ante la accionante, es la EPS Sanitas S.A., en su calidad de promotor de servicios de salud.

ADRES- Administradora de los recursos del sistema de salud

El abogado de la oficina Jurídica 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.

Agrega que, de 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. En cuanto a lo que respecta a esta tutela, esa entidad no presta los servicios de salud, por lo que la vulneración de un derecho fundamental se produciría una omisión no atribuible a esa entidad y que esa función recae directamente sobre las EPS, porque tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, ni retrasarla que ponga en riesgo la vida o salud de los mismos.

Aclara que respecto a la pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, la misma constituye una solicitud antijurídica,

porque a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos; el juez debe de abstenerse de pronunciarse sobre la facultad de recobro, ya que, la normatividad vigente acaba con esa facultad y de concederse en vía de tutela, se estaría generando un doble desembolso a las EPS.

Para finalizar, solicita al despacho negar el amparo invocado por la accionante por no haber desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la misma, en consecuencia, desvincular a esa entidad del trámite de la presente acción constitucional.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, la accionante allegó los siguientes documentos:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación de la accionante.
- Fotocopia del certificado de afiliación expedido por la EPS Sanitas S.A., de la accionante y su compañero permanente de fecha 16 de abril de 2021.
- Fotocopia de partes de la historia clínica de la accionante, que dan cuenta de la enfermedad que padece (tumor maligno de la mama).
- Fotocopia de la orden médica del procedimiento Politerapia Antineoplásica de fecha 14 de abril de 2021 a nombre de la accionante.
- Fotocopia de la orden médica del medicamento Trastuzumab Emtansina TDM-1 primera dosis Clínica Colsanitas S.A., a nombre de la accionante.
- Fotocopia de la carta negación del medicamento de fecha 24 de marzo de 2021, dirigido a la accionante suscrito por la EPS accionada.
- Fotocopia del certificado de Cámara de Comercio de la EPS Sanitas S.A.,

2. La EPS Sanitas S.A., allegó copia del certificado de existencia y representación legal de esa entidad; Adres aportó el poder y el acta de posesión del representante legal de la entidad. A su turno Droguerías y Farmacias Cruz Verde, no adjuntó documentos que sirvieran de respaldo a la respuesta.

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 atender a los beneficiarios del Plan Obligatorio en Salud.

Frente al factor territorial se tiene que el domicilio de la accionante es Bogotá y las entidades accionadas es Bogotá y en esta 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, 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 aquélla 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.

3. 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

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).

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.”

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, esta Corporación 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:

“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 acudirse 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

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.

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.

4. Ley 1751 de 2015

Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud.

d) **Continuidad:** las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.”

Artículo 11. **Sujetos de especial protección.** La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozaran de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

5. 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.

Empero, 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.

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

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)

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 S.A., vulnera los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de LILIANA LARROTA CASALLAS, al no autorizarle y entregarle el medicamento y procedimiento requeridos por la usuaria, para el manejo de la enfermedad que padece (tumor maligno de la mama) 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 en discusión, frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de la ciudadana LILIANA LARROTA CASALLAS, la cual se encuentra afiliada como

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

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.

beneficiaria en salud con la EPS Sanitas S.A., y quien, según la historia clínica aportada al proceso, presenta un diagnóstico de tumor maligno de la mama.

Teniendo en cuenta los soportes allegados por la accionante, observa este Despacho que obra las respectivas órdenes expedidas por el especialista en Oncología Clínica Carlos Felipe Bolaños Losada, para el procedimiento de Politerapia Antineoplásica de alta toxicidad y del medicamento Trastuzumab Emtansina. Sobre el particular y conforme a la jurisprudencia transcrita, uno de los requisitos para la prosperidad de la acción de tutela, dependerá de que el procedimiento y los medicamentos requeridos, hayan sido prescritos por el médico tratante adscrito a la EPS al cual se encuentre afiliada la accionante, aspecto que para el presente caso se cumple.

Es de anotar que inicialmente la actora, solicitó en el escrito de tutela le fuera concedida medida provisional para que se le ordenara a la ESP Sanitas SA., suministrarle de manera inmediata el procedimiento Politerapia Antineoplásica de alta Toxicidad T-DM1. 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.

Por su parte la EPS Sanitas S.A., informó que a la accionante le prescribieron el medicamento Trastuzumab Emtansina, el cual no hace parte de los contenidos del Plan de Beneficios en Salud y no tiene registro Invima para la patología de tumor maligno de la mama, parte no especificada; que cada medicamento tiene unas indicaciones de manejo para determinadas enfermedades y solo se debe usar en las patologías para las cuales está avalado. Agrega que el medicamento Trastuzumab Emtansina no hace parte de los medicamentos de la lista UNIRS para tumor maligno de la mama, parte no especificada y no se puede solicitar al Mipres. La Droguerías y Farmacias Cruz Verde, manifiesta que, no cuenta con autorización de servicios aprobada por la EPS Sanitas a favor de la accionante para el suministro del medicamento Trastuzumab Emtansina 160mg; que respecto al medicamento Difenhidramina Clorhidrato 10mg/ml, la autorización se encuentra dirigida para aplicación a través de la Clínica Universitaria Colombia; precisa que solamente puede suministrar los medicamentos e insumos conforme a las autorizaciones de servicios aprobadas por la EPS, por lo que no tiene parte en el proceso de prescripción y autorización.

Ahora bien, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- Adres, manifestó que con respecto a la pretensión relacionada con el "reembolso" del valor de los gastos que realice la EPS, que la misma constituye una solicitud antijurídica, porque con la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garantizarán la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una

condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos; que el juez debe abstenerse de pronunciarse sobre la facultad de recobro, ya que, la normatividad vigente acaba con esa facultad y de concederse en vía de tutela, se estaría generando un doble desembolso a las EPS.

Este Juzgado, no comparte los argumentos expuestos por la EPS Sanitas S.A., ya que si el profesional de la medicina, en este caso, el especialista en Oncología, quien determino que en definitiva se debe hacer el procedimiento Politerapia Antineoplásica de alta Toxicidad T-DM1 y el suministro del medicamento Trastuzumab Emtansina, los mismos no se pueden dilatar en el tiempo sin una justificación técnico científica que determine el médico tratante, pues no se desconoce que se le han prestado los servicios médicos en la Clínica Colsanitas S.A., para garantizarle su derecho fundamental a la salud y a la vida, pero hasta este momento no se ha desvirtuado por ningún medio que la paciente ya no requiera el procedimiento y el medicamento antes mencionados, y más cuando es el mismo especialista oncólogo quien en la historia clínica en la parte de los datos médicos señala: *“... considerando tumor residual, se presentó en junta para definir posibilidad de uso de Trastuzumab Emtansine en adyuvancia quienes considerando el beneficios en estudios, recomiendan este tratamiento por lo que se ordena primer ciclo”*.

Sobre el particular, considera este Despacho que la finalidad de esta acción constitucional es la protección real y efectiva de los derechos fundamentales, para el presente caso es el derecho a la salud y vida de LILIANA LARROTA CASALLAS, quien padece de tumor maligno de la mama, parte no especificada; pues en gracia de discusión, que haría la accionante si teniendo la orden, le niegan la autorización, realización y el suministro del procedimiento Politerapia Antineoplásica de alta Toxicidad T-DM1 y del medicamento Trastuzumab Emtansina por la EPS. En este caso, es necesario hacer alusión a las enfermedades catastróficas o ruinosas, como es el caso de las personas que padecen de cáncer, las cuales cobran una especial relevancia en la medida que, al encontrarse estos sujetos en estado de debilidad manifiesta, merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad.

Este estrado judicial, concibe la vida en condiciones dignas, como un estado, lo más lejano posible al sufrimiento y la humillación; las autoridades y el estado deben hacer todo lo que esté a su alcance para aligerar las cargas que la naturaleza impone a ciertas personas, máxime cuando se trata de una persona que padece de cáncer, enfermedad que es bien conocida como catastrófica, degenerativa que en muchos casos puede ocasionar la muerte del paciente. En consecuencia, de no realizarse el procedimiento Politerapia Antineoplásica de

alta Toxicidad T-DM1 y el suministro del medicamento Trastuzumab Emtansina, se podría generar daños importantes en la salud, integridad personal y hasta la vida de LILIANA LARROTA CASALLAS.

Si con el plan de manejo ordenado por el profesional de la medicina, se logra sobrellevar el padecimiento de la afectada y continuar el tratamiento, la entidad promotora de salud está en la obligación de garantizar un **OPORTUNO SERVICIO**, pues de no hacerlo como sucede con el caso que ocupa al Despacho, se desconocería el mandato del Constituyente primario, conforme al cual, en Colombia, toda determinación del estado y de los particulares debe garantizar efectivamente la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 2 y 5 C.P.). Esta es una de las manifestaciones de la protección especial que el Estado debe brindar a toda persona que se encuentre en circunstancias de especial protección, siendo necesario que este Despacho, tome los correctivos a que haya lugar para conjurar la trasgresión al derecho reclamado.

Consecuente con lo manifestado se tutelarán los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de LILIANA LARROTA CASALLAS. Por las razones antes expuestas la EPS Sanitas SA., a través de su representante legal, gerente, director o quien haga sus veces, deberá en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, garantizar la autorización y realización del procedimiento de Politerapia Antineoplásica de alta toxicidad y la autorización y suministro del medicamento Trastuzumab Emtansina, para el tratamiento que requiere la afectada y que fue prescrito por el médico tratante, cuentas veces lo ordene el galeno, es decir una vez ordenado el procedimiento y el medicamento, se deberá autorizar, suministrar y programar el medicamento, en los términos, presentación, concentración y periodicidad indicados por el profesional de la medicina, en un término no superior a 10 días calendario; asimismo siempre y cuando obre orden médica; de la misma manera se deberá informar a la accionante.

Para finalizar, se debe tener en cuenta que LILIANA LARROTA CASALLAS, peticiono se le autorizaran todos los procedimientos, insumos, intervenciones, medicamentos y exámenes, que llegare a necesitar para la patología diagnosticada, concluyendo que requiere una atención médica integral, pero observa este despacho que la EPS Sanitas S.A., 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 y 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 amparar derechos por circunstancias meramente hipotéticas.

Tutela No. 2021-094
Accionante: Liliana Larrota Casallas
Accionada: EPS Sanitas S.A.
Decisión: Concede tutela

Del cumplimiento de esta decisión la EPS Sanitas S.A., informará al Juzgado, so pena de incurrir en fraude a resolución judicial y en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

No se tutelaré en contra de las Droguerías y Farmacias Cruz Verde y el Adres - Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto la obligación de la prestación del servicio de salud recae sobre la EPS Sanitas S.A., entonces no se les podría endilgar responsabilidad, pues no obra prueba de vulneración de derechos por parte de esas entidades.

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: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de LILIANA LARROTA CASALLAS. Por las razones antes expuestas la EPS Sanitas S.A., a través de su representante legal, gerente, director o quien haga sus veces, debe en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, garantizar la autorización y realización del procedimiento de Politerapia Antineoplásica de alta toxicidad y la autorización y suministro del medicamento Trastuzumab Emtansina, para el tratamiento que requiere la afectada y que fue prescrito por el médico tratante, cuentas veces lo ordene el galeno, es decir una vez ordenado el procedimiento y el medicamento, se debe autorizar, suministrar y programar el medicamento, en los términos, presentación, concentración y periodicidad indicados por el profesional de la medicina, en un término no superior a 10 días calendario; asimismo siempre y cuando obre orden médica; de la misma manera se debe informar a la accionante.

SEGUNDO: NO TUTELAR, la pretensión relacionada con el tratamiento integral conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: NO TUTELAR, en contra de las Droguerías y Farmacias Cruz Verde y el Adres -Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme lo expuso en la motivación de esta decisión.

CUARTO: Del cumplimiento de este fallo la EPS Sanitas S.A., debe comunicar al Despacho oportunamente.

QUINTO: INFORMAR a la accionante y accionados, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

Tutela No. 2021-094
Accionante: Liliana Larrota Casallas
Accionada: EPS Sanitas S.A.
Decisión: Concede tutela

SEXTO: De no ser impugnada esta decisión, 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**

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:

7c46bc41e73f63953fad7a485674c05509158f0b99900871521bf0ecac5dda68

Documento generado en 05/05/2021 03:58:34 PM

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