



República de Colombia



JUZGADO SESENTA Y SIETE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá D. C, ocho (08) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO

Proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Aida Constanza Loboguerrero Forero en calidad de agente oficioso de María del Rosario Loboguerrero Forero, contra EPS Suramericana S.A., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana.

SITUACIÓN FÁCTICA

Manifiesta la accionante en demanda de tutela que:

- “(….)2. María del Rosario tiene diagnóstico de cáncer de mama con metástasis en huesos.*
- 3. De Conformidad con la historia clínica, fue tratada con everolimus y exemestano, combinados.*
- 4. En diciembre de 2021, tuvo que ser hospitalizada en la Clínica Shaio, continuando en enero de 2022, por infección respiratoria, detectando falla renal, y problemas de corazón, producidos por el medicamento everolimus, por lo que los médicos tratantes decidieron suspenderlo.*
- 5. En consulta con Oncólogo le formularon el medicamento exemestano (que ya estaba tomando), y el 5 de mayo de 2022 solicitaron estudio molecular en tumor para definir genómica y si la paciente es candidata a inhibidores de P13KINASA.*
- 6. La E.P.S. SURA, niega la autorización aduciendo que “Los inhibidores P13K no tienen registro Invima, ni están disponibles en Colombia. Por lo que no estaría indicada la prueba, por tanto, no aprueba la realización del perfil tumoral”.*
- 7. La Genetista recomienda realizar junta médica, con el fin de justificar y solicitarlo como vital no disponible.*
- 8. La negativa de la E.P.S. SURA, obviando el concepto médico, ha puesto en peligro la vida de mi hermana, pues no está siendo tratada correctamente, y eso ha hecho que el cáncer avance vertiginosamente, como se puede apreciar en el examen de antígenos que se aporta como prueba, el que dio como resultado un valor de 465, cuando el máximo normal es de 25.*
- 9. La familia acudió a un especialista en genética, quien emitió concepto y justificó con estudios serios la pertinencia de hacer el estudio genético y la importancia del mismo para medicarla. (...)”*



LA PETICIÓN

Pretende la accionante que a través de este mecanismo excepcional se tutelen los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora María del Rosario Loboguerrero Forero, y en consecuencia que se ordene a la EPS Suramericana S.A., que autorice con carácter urgente el estudio genético que requiere la señora María del Rosario Loboguerrero Forero y adicional a esto que se ordene a favor de la agenciada el tratamiento integral.

IDENTIDAD DEL ACCIONANTE

Se trata de la señora Aida Constanza Loboguerrero Forero, mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía Número 39.693.94, quien actúa como agente oficioso de la señora **María del Rosario Loboguerrero Forero** identificada con Cedula de Ciudadanía No. **51.593.379 de Bogotá**, con dirección de notificaciones Calle 121 No. 70 B -18 de Bogotá, Email: cienciaverde@hotmail.com.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Despacho, mediante auto de fecha primero (01) de septiembre del dos mil veintidós (2022), asumió el conocimiento de la presente acción y dispuso la vinculación de la accionada EPS Suramericana S.A., corriéndole traslado del escrito de tutela y sus anexos para garantizar el derecho de contradicción. Así mismo, se dispuso vincular como terceros con interés al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Administradora de Los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-INVIMA, a la Superintendencia Nacional de Salud, a Hemato Oncólogos Asociados S.A., a Biotecnología y Genética S.A.S., y a las doctoras Estefanía Rodríguez Alvarino e Isabel Munevar López.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN EL CONTRADICTORIO

Superintendencia Nacional de Salud

Claudia Patricia Forero Ramírez, en calidad de subdirectora técnica, adscrita a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la ley 1122 de 2007, la Superintendencia es un *“(...)organismo de carácter técnico, que como máximo 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 en la ley (...)”*. En ese sentido, aduce que es claro que



ese órgano de control no es el que tiene en cabeza el aseguramiento de los usuarios del sistema.

Sostiene que en los artículos 177 y ss. de la ley 100 de 1993 se establecen como funciones básicas de las EPS la obligación de llevar a cabo la afiliación, el registro de afiliados, recaudo de cotizaciones, así como la de organizar y garantizar la prestación del plan de salud a los afiliados.

Por otro lado, informa que conforme a la ley 1384 de 2010, mediante el cual se fijaron las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia, el Estado y los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud vigente tienen la obligación de garantizar la *“(...)prestación de todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativos(...)”*

Biotecnología y Genética - BIOTECGEN S.A.S

Estefanía Rodríguez Alvarino, obrando como coordinadora médica de la sociedad Biotecnología y Genética - BIOTECGEN S.A.S, informa que la señora María del Rosario Loboguerrero Forero ha sido atendida en esa entidad en dos ocasiones, el día cinco (05) de mayo del dos mil veintidós (2022) fue valorada por primera vez en razón de su diagnóstico de CÁNCER DE MAMA IZQUIERDA CON METASTASIS A HUESO, debido a que requería de un estudio genético molecular en tumor, ordenado por oncología para definir si por el perfil genómico del tumor era candidata a tratamiento con INHIBIDORES DE PI3KINASA. Al respecto informa que *“(...)Al realizar la valoración médica se emite concepto y orden médica donde se solicita el estudio para definir el perfil genómico del tumor. La anterior decisión fue tomada, debido a que se encuentra indicado el estudio por múltiples razones y evidencia científica que lo respalda, entre ellas: Es una prueba que permite establecer diferentes alternativas terapéuticas dirigidas y de inmunoterapia, brinda información de la carga tumoral y permite predecir posibles desenlaces. Adicionalmente, en una paciente con antecedente de falla renal por medicación de segunda línea convencional, se deben buscar alternativas terapéuticas donde se hace necesario conocer las características genómicas del tumor para elegir un tratamiento alterno.(...)”*

Por otro lado, indica que la agenciada acudió el treinta (30) de junio del dos mil veintidós (2022) a una segunda consulta de control en atención a que el estudio no fue autorizado por EPS Suramericana S.A. en razón a que los INHIBIDORES DE PI3KINASA no cuentan con registro Invima y no están disponibles en Colombia, en ese orden, informa que *“(...)en el análisis se explica que la EPS no autorizó el estudio y por lo tanto se recomienda que la paciente trate el caso con su médica tratante para definir si se solicita el estudio a través de junta médica y en dado caso que el perfil tumoral lo indique solicitar la medicación como vital no disponible.(...)”*

Por último, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que el interés que se discute, es del resorte exclusivo de la EPS SURA, teniendo en cuenta que BIOTECGEN no



esta legitimada para expedir autorizaciones, por tanto no existe nexo de causalidad entre la conducta y esa IPS.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES

Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, actuando como apoderado de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, informa que el Sistema de Seguridad Social en Salud prevé distintos mecanismos de financiación para el suministro de servicios y tecnologías en salud, en ese orden, como primera medida existe la Unidad de Pago por Capitación-UPC, con la que se financian los servicios contemplados en la Resolución 3512 de 2019 y sus anexos. En ese orden, también existe el mecanismo denominado PRESUPUESTO MÁXIMO, a través del cual se le asigna un presupuesto anual a la EPS, el cual es transferido por el ADRES, que se utiliza para financiar los servicios de salud que se encuentran determinados en el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020, y por último, con relación a los servicios que no estén financiados por las metodologías antes mencionadas informa que:

“(…)la Resolución 2152 de 2020 estableció el proceso de verificación, control y pago de algunos de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC ni con el presupuesto máximo, estos servicios se encuentran señalados en artículo 4 del citado acto administrativo de la siguiente manera:

- (…) 1. Los medicamentos clasificados por el INVIMA como vitales no disponibles y que no tengan establecido un valor de referencia.*
- 2. Nuevas entidades químicas que no tengan alternativa terapéutica respecto a los medicamentos existentes en el país o que representen una alternativa terapéutica superior a una tecnología financiada con cargo a los presupuestos máximos.*
- 3. El medicamento que requiera la persona que sea diagnosticada por primera vez con una enfermedad huérfana durante la vigencia del presupuesto máximo, conforme a lo establecido en los artículo 9 y 10 de la Resolución 205 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.*
- 4. Los procedimientos en salud nuevos en el país. (...)*

En ese orden, hace saber que en el artículo 21 de la Resolución 2152 de 2020 se encuentran contemplados los requisitos para la procedencia del pago de los servicios y tecnologías en salud no financiados con el presupuesto máximo, el proceso de calidad, la comunicación de los resultados, la objeción y subsanación del reporte generado, el giro de los recursos y los plazos establecidos para tal efecto.

Ministerio de Salud y Protección Social

Elsa Victoria Alarcon Muñoz, obrando en calidad de apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social, alega la falta de legitimación por pasiva, teniendo en cuenta que el *“(…)Ministerio actúa como ente rector en materia de salud, y le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del*



sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, más de ninguna manera es el responsable directo de la prestación de servicios de salud(...)”

Aduce que de conformidad con lo establecido en el Artículo 9 de la Resolución 2292 del 23 de diciembre de 2021, respecto a la garantía de acceso a los servicios y tecnologías de la salud, “(...)Las EPS o las entidades que hagan sus veces, deberán garantizar a los afiliados al SGSSS. el acceso efectivo y oportuno a los servicios y tecnologías de salud, para la garantía y protección al derecho fundamental a la salud.(...)”. En ese sentido, la obligación de prestar los servicios recae exclusivamente sobre la EPS y no le asiste derecho alguno a ejercer RECOBRO ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES.

Por último, informa el ente ministerial con relación a lo solicitado por la accionante, esto es el ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA, que una vez verificados los Anexos Nos. 2 y 3 de la Resolución 2292 de 2021, así como la herramienta POS POPULI, dicho estudio se encuentra dentro de la categoría de los financiados a cargo de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.

Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA

María Margarita Jaramillo Pineda, obrando en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva “(...)por cuanto la competencia del INVIMA se circunscribe principalmente a otorgar el Registro Sanitario a los productos descritos en el artículo 2451 de la ley 100 de 1993 y realizar las actividades de inspección, vigilancia y control de los productos objeto de su atención y no le corresponde el suministro, entrega y/o autorización de medicamentos independientemente de que estos se encuentren o no en el POS(...)”

Por otro lado, informa que no reposa en esa entidad solicitud elevada ya sea por la accionante o su EPS de Autorización de importación del medicamento inhibidores de P13KINASA como medicamento vital no disponible, en ese orden, indica que el artículo 2º del Decreto 481 de 2004 define como medicamento vital no disponible a aquel “(...)indispensable e irremplazable para salvaguardar la vida o aliviar el sufrimiento de un paciente o un grupo de pacientes y que por condiciones de baja rentabilidad en su comercialización, no se encuentra disponible en el país o las cantidades no son suficientes(...)”, respecto a este tipo de medicamentos, hace saber que la autorización de los mismos puede ser solicitada ante el INVIMA, siempre y cuando el medicamento cumpla con los requisitos contemplados en los artículos 3 y 4 del citado decreto, y se realice conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de este, el cual establece:

“(...)ARTÍCULO 8º. AUTORIZACIÓN DE IMPORTACIÓN PARA UN PACIENTE ESPECÍFICO. La importación de un medicamento vital no disponible, para un paciente específico, podrá ser realizada por el mismo paciente o por una persona natural o jurídica pública o privada legalmente constituida previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1. Solicitud expresa de la autorización de importación presentada ante el Invima.*



2. Nombre completo del paciente y su documento de identidad.
3. Principio activo en su denominación genérica y composición del medicamento.
4. Fórmula médica y resumen de la historia clínica en donde se indique la dosis, tiempo de duración del tratamiento, nombre del medicamento y cantidad, la cual debe estar firmada por el médico tratante, con indicación y número de su tarjeta profesional.
5. Copia del recibo de consignación correspondiente. PARÁGRAFO. La autorización de importación de los medicamentos vitales no disponibles se concede por una sola vez y podrá ser nuevamente solicitada según prescripción médica. (...)"

Hemato Oncólogos Asociados S.A.

Joaquin Hernando Guerra Villamizar, actuando en calidad de Representante Legal de la Sociedad Hemato Oncólogos Asociados S.A., alega frente al caso en concreto la inexistencia de un nexo de causalidad y la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que lo que solicita la accionante es la autorización de un estudio genético, obligación que está en cabeza de la EPS. Así las cosas, indica que la Sociedad Hemato Oncólogos Asociados S.A. no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante teniendo en cuenta que esa "(...)IPS cumple con su obligación de prestar el servicio de salud al paciente, ordenar y formular a través del médico tratante, pero es la ESP quien debe autorizar los exámenes, análisis y estudios así como dispensar los medicamentos ordenados en las fórmulas médicas(...)" .

EPS Suramericana S.A., guardó silencio frente a los hechos y pretensiones de la demanda, pese a que este despacho corrió traslado de la acción de tutela impetrada al correo de notificaciones judiciales relacionado en el Certificado de Existencia y Representación de dicha sociedad, notificacionesjudiciales@suramericana.com.co.

Entregado: URGENTE TRASLADO ACCIÓN DE TUTELA No. 2022-00050

postmaster@sura.com <postmaster@sura.com>
Jue 1/09/2022 6:03 PM

Para: notificacionesjudiciales@suramericana.com.co <notificacionesjudiciales@suramericana.com.co>

El mensaje se entregó a los siguientes destinatarios:

notificacionesjudiciales@suramericana.com.co

Asunto: URGENTE TRASLADO ACCIÓN DE TUTELA No. 2022-00050

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Este Juzgado es competente para conocer y decidir la acción de tutela, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que la mengua de los derechos fundamentales puede predicarse respecto de una autoridad y/o una entidad de carácter privado o particular.

PROBLEMA JURIDICO



De acuerdo con la situación fáctica expuesta, corresponde al Despacho establecer si i) ¿vulneró EPS Suramericana S.A. los derechos fundamentales de la señora María del Rosario Loboguerrero Forero al no autorizar el ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA ordenado por el médico tratante?

De conformidad con lo establecido por el Artículo 86 de la Carta Política, respecto a la acción de tutela, toda persona tiene la posibilidad de “(...)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 o la omisión de cualquier autoridad pública.(...)”

Por otro lado, es de resaltar que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, que debe ser garantizado a todas las personas, en lo que respecta a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, lo anterior circunscrito a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así las cosas, la corte ha manifestado que existe una estrecha relación entre el derecho a la salud, el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana, pues ha insistido la corte en varias ocasiones que el derecho a la vida no se circunscribe a una idea restrictiva del peligro de muerte, sino que se extiende también al fin mismo de garantizar una vida digna. Es tanto así que el derecho a la vida se prolonga a la “(...)posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afectan la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna¹(...)”.

Respecto a la salud como derecho autónomo, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T-517 del 2020 que “(...)La tesis de la conexidad migró hacia el reconocimiento jurisprudencial de la salud como un derecho fundamental y autónomo² atendiendo al marco internacional de los derechos humanos³. Sobre estas normas, se destaca el artículo 12 del PIDESC⁴ en el que los Estados “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del **más alto nivel posible** de salud física y mental” (negritas fuera del texto original). Frente al aparte resaltado del citado artículo 12, el Comité PIDESC estableció que la salud abarca el acceso a los servicios médicos y sociales, la rehabilitación y la prestación efectiva de forma que se garantice el pleno respeto de sus otros derechos y de su dignidad⁵. En esta medida, el “más alto nivel posible de salud” tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona, como los recursos con los que cuenta el Estado. Con ello, la salud supera su carácter meramente prestacional y se debe abordar desde la integralidad⁶.

¹ Sentencia T-096 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

² Ver, entre otras, sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

³ Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en: el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW (1979); así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

⁴ El PIDESC integra el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, se ratificó por medio de la Ley 74 de 1968.

⁵ <https://www.refworld.org/es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/open docpdf.pdf?reldoc=y&docid=47ebcc492>

⁶ Recomendación General N° 14 del Comité PIDESC, pár. 4 y 9.



En ese orden, en lo atinente a la integralidad en el servicio de salud y el tratamiento integral, resulta pertinente traer a colación lo manifestado por la corte constitucional en sentencia T - 513 del 2020, en la que realiza la siguiente precisión *“(…)es importante diferenciar el principio de integralidad del sistema de salud de la figura del tratamiento integral. Este último supone la atención “interrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”⁷ del usuario. La Corte indicó recientemente que “[s]ustentado en los principios de integralidad y continuidad, la concesión del tratamiento integral implica que el servicio de salud englobe de manera permanente la totalidad de los componentes que el médico tratante dictamine necesarios ya sea para el pleno restablecimiento de la salud o para mitigar las dolencias que impidan mejorar las condiciones de vida de la persona”⁸.(…)”*

Concluye el alto tribunal, que *“(…) En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”⁹. De igual modo, se dice que la prestación del servicio en salud debe ser:*

- **Oportuna:** *indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que permita que se brinde el tratamiento adecuado.¹⁰*

- **Eficiente:** *implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.¹¹*

- **De calidad:** *esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes.¹²*

⁷ Sentencias T-611 de 2014 y T-259 de 2019.

⁸ Sentencia T-275 de 2020. Reiterando lo determinado en la sentencia T-727 de 2011.

⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-103 de 2009 y T-022 de 2011.

¹⁰ Sobre el derecho al diagnóstico en la sentencia T-139 de 2011 se recordó la siguiente regla jurisprudencial: *“Finalmente, ante la falta de exámenes diagnósticos para determinar la necesidad de un servicio de salud, situación que se presenta en los expedientes T-2827008, Lilia Aurora Jiménez de Hurtado; T-2830317, Luis Jaime Palomino; T-2839905, David Amaris Correa y T-2854465; María Lía Correa Restrepo, el problema jurídico a resolver es ¿vulnera una entidad encargada de prestar servicios de salud los derechos fundamentales de un usuario, cuando le niega el acceso a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud? La respuesta a este interrogante es afirmativa. La jurisprudencia constitucional ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud. Al respecto, es importante mencionar el apartado [4.4.2.] de la sentencia T-760 de 2008, en el cual esta Corporación sostuvo: (...) en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud.”*

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008: *“una EPS irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico¹¹. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite.”*. Ante la ausencia de un procedimiento para que las EPS tramiten las autorizaciones de servicios de salud no incluidos en el POS, cuando éstos son diferentes a un medicamento, en el apartado 6.1.3. de la sentencia T-760 de 2008 la Corte señaló que hasta tanto el legislador no expida las normas correspondientes, le compete al Comité Técnico Científico, el cual autoriza los medicamentos no incluido en el POS, autorizar también los tratamientos, procedimientos o intervenciones.

¹² Sentencia T-922 de 2009.



4.5. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio se realice de manera oportuna, eficiente y con calidad; de lo contrario se vulneran los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud¹³. (...)”

En ese orden, en lo que corresponde al derecho al diagnóstico, en pacífica jurisprudencia la corte ha establecido que este hace parte integral del derecho fundamental a la salud, pues cuando las EPS niegan al afiliado la posibilidad de ser diagnosticado en debida forma, pone en peligro no solo el derecho a la salud que le asiste, sino también derechos como a una vida digna y la integridad personal, en atención a que dicha conducta dilata de manera injustificada el inicio del tratamiento médico a tiempo y adecuado para la recuperación o el restablecimiento del estado de salud del afiliado afectado.

En cuanto al diagnóstico como parte esencial del derecho a la salud en la sentencia T-1080 de 2008, la Corte matizo el diagnóstico como una faceta de la prestación adecuada de los servicios de salud en los siguientes terminos:

“Forma parte del principio de calidad en la prestación del servicio de salud, la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica. Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.” (Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, en lo que respecta al derecho al diagnóstico, es importante resaltar que de su garantía se deriva la prestación adecuada de los servicios de salud, en ese sentido, también ha manifestado la corte que existe vulneración al derecho al diagnóstico no solo con la negación del servicio, sino también cuando el acceso a este es dilatado de manera injustificada, pues es claro que en ocasiones dicha dilación puede derivar en el empeoramiento de las condiciones del salud del afiliado, muchas veces a un grado irreversible.

Entidades Promotoras de Salud - EPS

la Ley 100 de 1993, define las EPS como aquellas entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados, del recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y

¹³ Recientemente en Sentencia C-313 de 2014, esta corporación al analizar el proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 (Senado) y 267 de 2013 (Cámara) en sede de control abstracto de constitucionalidad, reiteró la fundamentalidad del derecho a la salud consagrada por el legislador en dicha norma.



Garantía, **encargadas de organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del plan de salud obligatorio (POS).**

En ese sentido, recae sobre las EPS la obligación de prestar el servicio de salud al régimen contributivo, la corte ha indicado en sentencia T-085 del 2007 que *“(...)las EPS tienen el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud, POS, entendido éste como el “conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, a todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS”¹⁴ (...)*”.

Así las cosas, en la citada sentencia aduce la corte que el anterior precepto es reiterado en el *“(...)artículo 8 del Decreto 806 de 1998, al contemplar que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, POS, del régimen contributivo en condiciones de “calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el sistema general de seguridad social en salud por concepto de la unidad de pago por capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”. (subrayado fuera de texto) (...)*”

Respecto al principio de la eficiencia, en torno a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, la corte ha indicado en sentencia T-024 del 2003 que:

“(...)En aras de amparar el derecho a la salud y a la vida de las personas que acuden en tutela reclamando su protección, la Corte Constitucional ha sido insistente en afirmar que las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar los principios de la seguridad social establecidos en la Constitución y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación.(...)”

La prescripción médica como criterio principal para establecer si se requiere un servicio de salud

En reiteradas ocasiones ha dicho la corte constitucional que los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud tienen el derecho a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana¹⁵. Así las cosas, ha resaltado el alto tribunal que cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante quien tiene la competencia para determinar dicho tratamiento, en atención a que es el profesional tratante quien conoce de manera detallada el estado de salud del paciente y quien tiene la capacidad de tomar la decisión de si es necesaria o no la prestación de un servicio determinado.

¹⁴Artículos 162 y 177 Ley 100 de 1993, artículo 7 Decreto 806 de 1998.

¹⁵ Sentencias T- 345 de 2013 y T-036 de 2017, reiteradas en las sentencias T-061 de 2019 y T-508 de 2019 M.P. Alberto Rojas Ríos.



En la sentencia T-345 de 2013¹⁶, ampliamente reiterada con posterioridad, la Corte señaló que:

“(…)Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico (...).

Por lo tanto, la condición esencial para que el Juez Constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.(…)”

Así las cosas, ha concluido el alto tribunal que el criterio del médico tratante, como idóneo y oportuno, es el principal elemento para la orden o suspensión de servicios de salud. De manera que no son las EPS e IPS, así como tampoco el juez constitucional, quienes están autorizados para desatender la prescripción médica sin justificación suficiente, sólida y verificable, que pueda contradecir la apreciación del profesional de salud, conocedor de las condiciones particulares del paciente¹⁷.

DEL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso en concreto, y una vez verificadas las pruebas obrantes en el proceso, avizora este despacho que la señora María del Rosario Loboguerrero Forero a través de su agente oficioso, acude a la acción constitucional, en aras de que se tutelen sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana, derechos que estima vulnerados por parte de EPS Suramericana S.A., entidad que se ha negado a autorizar el ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA, prescrito por su médico tratante, en virtud del diagnóstico de CÁNCER DE MAMA IZQUIERDA CON METASTASIS A HUESO que padece la accionada.

De las pruebas obrantes en el proceso, se encuentra acreditada la prescripción del ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA, el día cinco (05) de mayo del dos mil veintidós (2022) por parte de la doctora Estefanía Rodríguez Alvarino, Médica. Msc. Epidemiología Clínica y Msc(c). Genética Humana de la IPS Biotecnología y Genética S.A., así mismo, en el formato de consulta que aporta la accionante se observa la siguiente anotación: *“(…)SE CONSIDERA QUE LA PACIENTE SE BENEFICIA DE ESTUDIO MOLECULAR EN TUMOR PARA DEFINIR FIRMA GENOMICA Y SI LA PACIENTE ES CANDIDATA A INHIBIDORES DE PI3KINASA. SE SOLICITA ESTUDIO, SE REALIZA*

¹⁶ M.P. María Victoria Calle Correa

¹⁷ Sentencia T-017 del 2021.



ASESORAMIENTO GENETICO Y SE CITA A CONTROL CON RESULTADOS(...)", así como la información que se muestra a continuación:

NOMBRE: MARIA DEL PILAR LOBOGUERRERO FORERO IDENTIFICACIÓN: CC 51593379 EDAD: 63 Años TELÉFONO: 3103384680 FECHA NACIMIENTO: 1958/07/18 FECHA CONSULTA: 2022/05/05 ENTIDAD: EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A							
PROCEDIMIENTOS							
<table border="1"> <thead> <tr> <th>Código</th> <th>Estudios</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>890348</td> <td>CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA</td> </tr> <tr> <td>898105</td> <td>ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA</td> </tr> </tbody> </table>	Código	Estudios	890348	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA	898105	ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA	
Código	Estudios						
890348	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA						
898105	ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA						
Otros Estudios: - SE SOLICITA ESTUDIO MOLECULAR EN TUMOR FOUNDATION ONE QUE INCLUYA: ABL1 BRAF CHEK1 FANCC GATA3 JAK2 MITF PDCD1LG2 RBM10 STAT4 ABL2 BRCA1 CHEK2 FANCD2 GATA4 JAK3 MLH1 PDGFRA RET STK11 ACVR1B BRCA2 CIC FANCE GATA6 JUN MPL PDGFRB RICTOR SUFU AKT1 BRD4 CREBBP FANCF GID4							

En ese orden, afirma la accionante que "(...)La E.P.S. SURA, niega la autorización aduciendo que "Los inhibidores P13K no tienen registro Invima, ni están disponibles en Colombia. Por lo que no estaría indicada la prueba, por tanto, no aprueba la realización del perfil tumoral"(...)", y aporta el siguiente documento:

Asunto: RE: solicitud de Genes específicos CC 51593379

Buenas tardes:

Comparto respuesta de mesa de genética

NO INDICADO	ASESOR ONCOLOGICO Validando con el área de medicamentos, no hay disponibilidad con registro invima en Colombia para los inhibidores de P13K por lo que no estaría indicada la prueba
-------------	--

Cordialmente .

BACK PRIORIZADO DE AUTORIZACIONES
REGIONAL CENTRO
EPS SURA COLOMBIA

Así las cosas, vista la negativa presentada por EPS Suramericana S.A., frente a la realización del ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA, es importante traer a colación lo manifestado por el Ministerio de Salud y Protección Social, que en respuesta a la presente acción constitucional informa que:

"(...)Para el caso en particular los estudios de genética se encuentran tanto en lo referente al anexo 2 "Listado de Procedimientos en Salud financiados con recursos de la UPC" en las categorías 8980 PROCEDIMIENTOS (ESTUDIOS) ANATOMOPATOLOGICOS EN CITOLOGIA 8981 PROCEDIMIENTOS (ESTUDIOS) ANATOMOPATOLOGICOS, EN BIOPSIA 8982 PROCEDIMIENTOS (ESTUDIOS) ANATOMOPATOLOGICOS EN ESPECIMEN 8983 PROCEDIMIENTOS (ESTUDIOS) ANATOMOPATOLOGICOS POST MORTEM De la cual se observa en el libelo y anexos probatorios como la historia clínica la prescripción del procedimiento en salud 89.8.1.05 el cual se encuentra incluido dentro de las subcategorías de la categoría 8981 y consultando adicionalmente la herramienta POS POPULI <https://pospopuli.minsalud.gov.co/PospopuliWeb/paginas/resultadoprocedimientos.aspx?value=H4sIAA>

AAAAAEAGNgZGBg



%2bA8EIBoE2EAMmeT8IMz0tFsLA1NDA7Wk0uLC0tSURFsLSwtDA1NuAAcmm
Co0AAAA.



Información que también fue aportada por la Administradora de Los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES¹⁸.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta que el servicio solicitado por la accionante se encuentra financiado por los recursos de la Unidad de Pago Por Capitación, considera el suscrito que no le asiste razón a la accionada al no autorizar el estudio genético solicitado, pues es su obligación garantizar el acceso de sus afiliados a estos servicios, ello enmarcado dentro de criterios de calidad, oportunidad y eficiencia, además, resulta pertinente resaltar, que dicho estudio no corresponde a un capricho de la accionante, sino que media una prescripción del médico tratante, y tal como quedó establecido en el acápite de las consideraciones, es el criterio del medico tratante el que prima, pues es el profesional de la salud quien conoce de primera mano la situación medica del paciente y quien cuenta con la pericia para decidir su adecuado tratamiento, en ese orden, evidencia el suscrito que en respuesta remitida por la Doctora ESTEFANÍA RODRÍGUEZ ALVARINO, respecto a la solicitud del ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA informa que:

“(…)La anterior decisión fue tomada, debido a que se encuentra indicado el estudio por múltiples razones y evidencia científica que lo respalda, entre ellas: Es una prueba que permite establecer diferentes alternativas terapéuticas dirigidas y de inmunoterapia, brinda información de la carga tumoral y permite predecir posibles desenlaces. Adicionalmente, en una paciente con antecedente de falla renal por medicación de segunda línea convencional, se deben buscar alternativas terapéuticas donde se hace necesario conocer las características genómicas del tumor para elegir un tratamiento alterno.(…)”

¹⁸ Folio 15 pdf 08 RespuestaAdres



En ese orden, considera el suscrito que la decisión de EPS Suramericana S.A. de negar la autorización para la realización del estudio genético prescrito por el médico tratante, es violatoria de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social, al tratamiento integral y a la dignidad humana de la señora María del Rosario Loboguerrero Forero, siendo aún más gravosa la vulneración, por el hecho de ser una persona diagnosticada con Cáncer, cuya dilación injustificada en la prestación de sus servicios claramente puede conllevar a una afectación irreversible y fatal de su estado de salud. Con relación a este tema, en pacífica jurisprudencia ha sido la corte enfática en manifestar que las personas que padecen cáncer son sujetos de especial protección constitucional, al respecto ha manifestado el alto tribunal¹⁹ que:

“(…)Dentro de esta categoría, en desarrollo de los artículos 48²⁰ y 49²¹ de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha incluido a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer²². Por esta razón, ha dispuesto que esta población tiene derecho a protección reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en **Sentencia T-066 de 2012** lo siguiente:

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)”(Subrayas fuera del original)²³.

18. Como se observa, una de las reglas decantadas por este Tribunal respecto de las personas que padecen cáncer u otras enfermedades catastróficas es el derecho que éstas tienen a una *atención integral en salud* que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, **sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no**²⁴. (...)”(negrillas fuera del Texto)

En ese orden, no puede simplemente excusarse la EPS en que el medicamento INHIBIDORES DE PI3KINASA no cuenta con registro INVIMA y no está disponible en Colombia, pues tal como quedó establecido, le está proscrito interponer obstáculos para la prestación de un servicio, máxime si se trata de pacientes con Cáncer, además, la prescripción del mismo es solo una posibilidad, en el entendido de que el estudio es requerido con el objeto de determinar si es viable o no su utilización, en otras palabras, el estudio se requiere es para determinar el tratamiento adecuado, que puede derivar o no en la prescripción del medicamento, ello solo depende de la valoración que realice el médico tratante frente a los resultados.

¹⁹ Sentencia T-387 del 2018.

²⁰ ARTICULO 48. “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley (...)”.

²¹ ARTICULO 49. “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.

²² Sentencia T-920 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²³ Sentencia T-066 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁴ Sentencia T-607 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.



Teniendo en cuenta lo anterior, procederá este despacho a tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social, al tratamiento integral y a la dignidad humana de la señora María del Rosario Loboguerrero Forero y en consecuencia se ordenará a EPS Suramericana S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia autorice, gestione y fije fecha para la práctica del ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA de la señora María del Rosario Loboguerrero Forero, quien deberá contar con una atención integral, oportuna, eficaz y de calidad, en lo que le sea prescrito por el médico tratante, con el fin de lograr el éxito en el tratamiento de su enfermedad de CÁNCER DE MAMA IZQUIERDA CON METASTASIS A HUESO.

En ese orden, se deberá advertir que, salvo prescripción médica, el inicio del ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA no podrá superar el término de quince (15) días calendario.

Así mismo, decide el despacho exhortar a EPS Suramericana S.A. a que en lo sucesivo se abstengan de imponer barreras administrativas que impidan el adecuado, oportuno y eficiente acceso de la señora María del Rosario Loboguerrero Forero a sus servicios de salud, por ser ella un sujeto de especial protección constitucional.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SESENTA Y SIETE PENAL MUNICIPAL CONTROL GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. – TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social, al tratamiento integral y a la dignidad humana de la señora María del Rosario Loboguerrero Forero, identificada con Cedula de Ciudadanía No. **51.593.379**, conforme quedó expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - ORDENAR a la EPS Suramericana S.A. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia autorice, gestione y fije fecha para la práctica del ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA de la señora María del Rosario Loboguerrero Forero, quien deberá contar con una atención integral, oportuna, eficaz y de calidad, en lo que le sea prescrito por el médico tratante, con el fin de lograr el éxito en el tratamiento de su enfermedad de CÁNCER DE MAMA IZQUIERDA CON METASTASIS A HUESO.



En todo caso, se **ADVIERTE** que salvo prescripción médica, el inicio del ESTUDIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR EN BIOPSIA no podrá superar el término de quince (15) días calendario.

El cumplimiento de esta orden estará en cabeza del representante legal y/o quien haga sus veces de la **EPS Suramericana S.A.**, quien deberá informar oportunamente a este juzgado del cumplimiento de la disposición.

TERCERO. – EXHÓRTESE a la **EPS Suramericana S.A.** para que en lo sucesivo se abstengan de imponer barreras administrativas que impidan el adecuado, oportuno y eficiente acceso de la señora María del Rosario Loboguerrero Forero a sus servicios de salud, por ser ella un sujeto de especial protección constitucional.

CUARTO. Notifíquese esta determinación conforme a lo normado en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591. Informándose que contra el presente fallo procede el recurso de IMPUGNACION.

QUINTO. En el evento que no sea impugnada la presente decisión, remitir a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR ORLANDO GARZÓN VEGA
JUEZ