

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2021-146
Accionante: Carlos Andrés Mora Quiroga como
agente oficioso de su esposa Cristina
Isabel Granados Gaitán
Accionado: -Sanitas EPS
-Droguerías Cruz Verde
Decisión: Concede Parcialmente la Tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por el ciudadano Carlos Andrés Mora Quiroga como agente oficioso de su esposa **CRISTINA ISABEL GRANADOS GAITÁN**, en contra de la EPS Sanitas y Droguerías Cruz Verde, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, seguridad social e igualdad consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

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

1. Que su esposa **CRISTINA ISABEL GRANADOS GAITÁN**, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo a través de **SANITAS EPS**. Agregó que actualmente padece **LEUCEMIA PROMIELOCITICA AGUDA**.
2. Refirió que, por su condición de salud, el médico tratante prescribió el medicamento **ACIDO RETINOICO (TRETINOINA)** 10 mg cap. en la concentración y presentación ordenadas por el mismo.
3. Sin embargo, refiere que una vez autorizado el medicamento por parte de la **EPS Sanitas**, el actor solicitó la entrega del

medicamento a la IPS Droguerías Cruz Verde, sin que hasta la fecha se hubiese entregado la medicina requerida.

4. Teniendo en cuenta que la EPS Sanitas y Droguerías Cruz Verde han demorado la entrega del medicamento considera que la vida de su esposa se encuentra en peligro, vulnerando de esta manera, sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la seguridad social y a la igualdad.

PRETENSIONES

Peticiona el accionante se ampare en favor de su cónyuge, los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de ello, se ordene a la EPS-Sanitas y a Droguerías Cruz Verde, prestar un Tratamiento integral es decir, se otorguen los medicamentos, insumos, procedimientos, cirugías, terapias, exámenes y consultas especializadas, equipos, hospitalizaciones y servicios de urgencias todo lo pertinente que la enfermedad requiera en consecuencia a lo ordenado por el médico tratante, se encuentre incluido o no dentro del Plan de beneficios en Salud (PBS), asimismo, solicita que se exonere de cualquier tipo de pago, entiéndase cuotas moderadoras y copagos en cualquier tipo de atención que requiera la paciente.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Sanitas EPS

A la entidad promotora de salud en mención, se le corrió el correspondiente traslado mediante oficio No. 426, que fue recibido en dicha entidad el 4 de julio del año en curso, para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción que le asiste como sujeto procesal, en escrito de fecha 6 de julio hogaño indicó que la señora Cristina Isabel se encuentra afiliada como beneficiaria en el régimen contributivo encontrándose en estado activo. Refiere además que a la paciente se le han venido prestando todos los servicios médico-asistenciales que requiere debido a su estado de salud y que a través de un equipo medico interdisciplinario acorde con las ordenes del médico tratante se le han brindado los servicios necesarios.

Sobre el medicamento acido retinoico (tretinoína) señaló que no se encuentra cubierto por el plan de beneficios en salud contenidos en la Resolución No 2481 de 2020, por no encontrarse registrado en la sección de financiación con recursos de la UPC, por otra parte, señala que el medicamento no cuenta con indicación para uso por parte del INVIMA para la patología que presenta la señora Cristina Isabel.

Respecto de la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, la accionada solicitó que se declare improcedente la solicitud, toda vez que, las EPS que prestan el plan obligatorio de salud por delegación del Estado, deben cumplir

con la normativa sobre la prestación de servicios de salud, por lo que no pueden eximir a sus usuarios de la responsabilidad de cancelar cuotas moderadoras o copagos de conformidad con el reglamento del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Arguye que los cobros de copagos y cuotas moderadoras se realiza teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante, motivo por el cual el monto cobrado a la parte actora no desborda de su capacidad económica y de conformidad con el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004:

"...Servicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: 1. Servicios de promoción y prevención 2. Programas de control en atención materno infantil. 3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles. 4. Enfermedades catastróficas o de alto costo. 5. La atención inicial de urgencias.

La patología que padece la señora Cristina Isabel no se encuentra clasificada como eventos o servicios de alto costo para la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras que reclama. Solicita que se declare improcedente la presente acción ya que no ha existido vulneración alguna a los derechos fundamentales conculcados en el presente amparo constitucional en caso de conceder el amparo deprecado solicita de manera subsidiaria lo siguiente:

- Que el fallo se delimite cuanto a la patología objeto de amparo, que en el presente trámite constitucional es la que dio origen a la acción de tutela, estableciéndose que la prestación de las tecnologías en salud proceden siempre y cuando se cuente con orden y/o justificación de los médicos tratantes adscritos a EPS SANITAS S.A., y los mismos sean proporcionadas en instituciones adscritas a la red de prestadores. - Que se ordene de manera expresa a la

Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud ADRES que reintegre a esta Entidad en un término perentorio, el 100% de los costos de los servicios y tecnologías en Salud NO PBS que en virtud de la orden de tutela se suministre a la accionante.

- De igual manera, que si llega a acceder a la solicitud, el fallo ordene de manera explícita que la EPS SANITAS S.A.S.- debe suministrar: **MEDICAMENTO ACIDO RETINOICO (TRETINOINA) CAP. X 10 MG** (o en la cantidad, presentación y concentración ordenada por el médico tratante) **EXONERACIÓN DE COPAGOS Y CUOTAS MODERADORAS / TRATAMIENTO INTEGRAL**

Aunado a lo anterior, con fecha 7 de julio de 2021, la institución accionada allegó escrito dando alcance a la contestación allegada el día 6 de julio avante, manifestando que se efectuó nuevo estudio del caso, evidenciando que el medicamento solicitado sí se encuentra financiado con los recursos de la UPC y por lo tanto cubierto en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) de acuerdo con la Resolución No. 2481 de 2020. En el nuevo escrito refiere la entidad que se comunicó con el accionante informando que se debía acercar a uno de los puntos

de Droguerías Cruz Verde para reclamar el medicamento prescrito, se le explicó al mismo, que por ser un medicamento vital no disponible de no contarse con unidades se debe iniciar un trámite para proceso de importación el cual se demora aproximadamente 90 días. Lo anterior, dado que el medicamento no cuenta con registro INVIMA, no se comercializa en Colombia y hace parte del listado de medicamentos vitales no disponibles. En la actualidad el único proveedor que cuenta con unidades de medicamento disponibles es Droguerías Cruz Verde al contar un proveedor con autorización de importación ante el INVIMA.

Droguerías Cruz Verde S.A.S.

La representante de la entidad en mención, informó al despacho que se pronunciará respecto de los hechos relacionados con la entrega de medicamentos previamente autorizados por la EPS Sanitas a sus pacientes, señala que el día 6 de julio de 2021 la EPS Sanitas autorizó la entrega del medicamento ACIDO RETINOICO (tretinoína) 10mg cap, tal como consta en el aplicativo autorizador BH de la EPS SANITAS:

DETALLE	TIPO	NÚMERO DE AUTORIZACIÓN	NÚMERO DE EVENTO	NÚMERO DE AUTORIZACIÓN PRINCIPAL	SUCURSAL	FECHA EXPEDICIÓN	PRODUCTO	IDENTIFICACIÓN AUTORIZADO	NOMBRE AUTORIZADO	NOMBRE PRESTADOR	ESTADO	VIGENCIA	FECHA	PROCEDIMIENTO / MEDICAMENTO	PROCEDIMIENTO / MEDICAMENTO ADICIONAL
0	NORMAL	155541007			EPS - CENTRAL DE AUTORIZACIONES	06/07/2021	EPS	55416102	CRISTINA ISABEL GRANADOS GAITÁN	CRUZ VERDE SAS (BOGOTÁ)	APROBADA	30/07/2021		OTICADAMON - ISOTRETINOINA 10MG CAP	
MODIFICAR	ESTADO	DESCRIPCION			INFORMACION ADICIONAL						APROBADO	USUARIO	FECHA		
214		DESERACION DE TEXTO			FOM 20/06/2021 EN RESPUESTA A RFQ 21/06/2021 - SUPERSALUD SS						NO	LSGUTIERREZ	06/07/2021 02:26:39 P.M.		
139		EXHIBIENDO CUENTA AGROBANCARIA COPAGO									SI	LSGUTIERREZ	06/07/2021 02:18:31 P.M.		

Por lo anterior, manifiesta la representante de la entidad accionada, que se encuentran adelantando las gestiones para realizar la entrega domiciliaria del medicamento a favor de la usuaria en el Municipio de Mosquera y una vez realizada la entrega se procederá allegar la constancia respectiva. Sin embargo, refiere que el medicamento requerido se encuentra catalogado como vital no disponible por lo que se deberá realizar la importación del medicamento o en su defecto que el médico tratante considere la reformulación. Señala que aun cuando la EPS entregue varias formulas para el entrega del medicamento, este suministro se hace mes a mes y Droguerías Cruz Verde cuenta con 30 días calendario para hacer la entrega del medicamento solicitado. Para lo cual trae a colación el artículo 10 de la Resolución No 4331 de 2012:

Artículo 10. Las autorizaciones de servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud tendrán una vigencia no menor de dos (2) meses, contado a partir de su fecha de emisión. Para los casos que se mencionen a continuación se establecen las siguientes reglas: 1. Las fórmulas de medicamentos tendrán una vigencia no inferior a un (1) mes, contado a partir de la fecha de su expedición y no requieren autorización adicional, excepto aquellos que no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud. 2. Para pacientes con patologías crónicas con manejo farmacológico, las entidades responsables de pago

garantizarán la continuidad en el suministro de los medicamentos, mediante la prescripción por periodos no menores a 90 días con entregas no inferiores a un (1) mes..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Respecto a la pretensiones incoadas en el presente amparo constitucional se opuso a todas y cada una de ellas y solicitó que se negara el amparo deprecado por considerar que no existe afectación a derecho fundamental alguno, también por que considera que esta institución no es la llamada a responder por el tratamiento integral que peticiona la usuaria pues ésta no funge como entidad promotora de salud, de esta misma manera, indicó que entre la EPS Sanitas y Droguerías Cruz Verde existe una relación comercial que se circunscribe a la entrega de medicamentos e insumos médicos que previamente autorice Sanitas EPS a sus pacientes en virtud del contrato suscrito entre las partes, finalmente arguye que los pacientes que se encuentran exentos de cuotas y copagos conforme a la normatividad vigente radica en cabeza de la EPS y en ese sentido su representada solo puede validar la información que reposa en el aplicativo sin modificar valor alguno que se deba pagar por concepto de medicamentos o su exoneración. En el caso particular de la accionante se observa exoneración de cuota moderadora.

TERCEROS VINCULADOS

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

La entidad en mención, informó al Despacho que de conformidad con la Ley 100 de 1993 y demás leyes que regulan la materia es función de la EPS garantizar la efectiva prestación de los servicios de salud a sus afiliados, para lo cual deben conformar su propia red prestadora de servicios de salud, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo la vida o salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismo de financiación de los servicios, los cuales están completamente garantizados, no siendo su representada la institución legitimada por pasiva para responder por la omisión en la prestación de los servicios requeridos por la parte actora.

Con relación a la facultad de recobro señaló que la normatividad vigente eliminó la facultad de las EPS a solicitar que la ADRES financie los servicios no cubiertos por la UPC, pues de conformidad con la Resolución No 094 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud se establecieron los lineamientos sobre los servicios y tecnologías financiados por la UPC en concordancia con los artículos 231 y 240 de la Ley 1955 de 2019 que definió la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que antes eran objeto de recobro ante el ADRES ahora quedaron a cargo de las Entidades Promotoras de los Servicios, por lo que ahora los recursos se giran antes de la prestación de los servicios y en forma periódica, como funciona el giro de los recursos de la Unidad de pago por Capitación. Por lo anterior, considera que la institución a la que representa no ha

soslayado derecho fundamental alguno solicitando la desvinculación de la presente acción constitucional.

Ministerio de salud y de la Protección Social

En el informe allegado por el Ministerio en mención, se adujo que frente al caso concreto existen mecanismo de protección que velan por la efectiva prestación de los servicios de salud que hacen parte del plan de beneficios en salud de conformidad con la Resolución No 2481 de 2020 que comprende el listado de medicamentos, listado de procedimientos en salud y el listado de procedimientos de Laboratorio clínico y que dichos beneficios deben ser garantizados por las EPS y se financian con los recursos de la UPC, los cuales son transferidos de manera anticipada a las EPS, en la actualidad se ha dispuesto que si el servicio se encuentra dentro del conjunto de mecanismos de prestación colectiva deben ser garantizados por las EPS de conformidad con la Resolución 205 del 2020 que reglamentó el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 y a partir del 1 de marzo de 2020 las EPS tanto del régimen contributivo como subsidiado cuentan con los recursos para financiar todos los servicios autorizados en el país a no ser que se encuentren excluidos de la financiación del SGSSS, es decir que solo quedan excluidas las contempladas en el artículo 15 de ley 1755 de 2015.

Con relación al medicamento solicitado por el accionante denominado acido retinoico (tretinoína) el mismo se encuentra dentro del plan de beneficios en salud PBS. Contenido en la Resolución No 2481 de 2020:

No.	Código ATC	PRINCIPIO ACTIVO	FINANCIACIÓN CON RECURSOS DE LA UPC	ACLARACIÓN
479	L01XX14	TRETINOÍNA	INCLUYE TODAS LAS CONCENTRACIONES Y FORMAS FARMACÉUTICAS	FINANCIADO CON RECURSOS DE LA UPC PARA EL TRATAMIENTO DE LEUCEMIA PROMIELOCÍTICA AGUDA

Por lo expuesto, considera que la prestación del servicio recae exclusivamente sobre la EPS y le no asiste derecho de ejercer recobro a Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

En cuanto a los copagos y cuotas moderadoras, manifiesta que estos se encuentran contemplados por disposición legal según el artículo 187 de la ley 100 de 1993 y regulado mediante el Acuerdo No 0260 de 2004 que definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el caso concreto se deberá verificar si la prestación del servicio se encuentra sujeta al cobro de cuota moderadora o copago.

Respecto del tratamiento integral considera que es una petición vaga y genérica pues es necesario que el paciente o su médico tratante especifique cuales son

los medicamentos y procedimientos requeridos, a fin de que la EPS accionada pueda especificar si procede o no el cubrimiento del servicio requerido, además de que no se puede conceder la prestación de servicios y tecnologías a futuro, ya que se desbordaría el alcance del fallo de amparo constitucional. Solicita que se exonere al Ministerio de Salud y Protección Social de toda responsabilidad que se pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción.

Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.

La entidad vinculada allegó informe a través del cual señala que el medicamento Tretinoína Ácido Transretinoico cuenta con registro sanitario con estado temporalmente no comercializado vigente, que dicho medicamento efectivamente es utilizado para el tratamiento de pacientes que padecen leucemia promielocítica aguda y que actualmente éste se encuentra incluido en la Resolución 2841 de 2020 por la cual se actualizan los servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Ministerio de Salud y de la Protección Social, adicionalmente informó que se trata de un medicamento vital no disponible y que se evidencia reporte de no comercialización del mismo por las siguientes razones:

"El producto Vesanoid® 10 mg x 100 Caps. Blandas (Tretinoína o Ácido Transretinoico) fue regulado en la Circular No 7 del Min. Salud, la cual entró en vigencia desde el 1ro de enero de 2019. El precio máximo fijado para este producto en esa circular fue inferior al costo del mismo ya colocado en Colombia y este precio volvía inviable su comercialización, importación y por supuesto, su dispensación en todo el país. Por tal motivo, iniciamos conversaciones con el Min de Salud e INVIMA para buscar una solución ante el riesgo de desabastecimiento que se avecinaba. En agosto 2018 hicimos la primera notificación de riesgo.

Cabe destacar que Vesanoid® es el producto innovador, el cual no tiene genéricos ni similares, por lo que no existen opciones fuera de nuestra marca para atender la terapia de la Leucemia PLA, por tanto, es un producto de condición única. Luego de varias conversaciones con las autoridades y para evitar el riesgo de desabastecimiento, la Comisión Revisora de la Sala Especializada de Medicamentos del Invima, decidió a través del Acta No 12 de 2019, incluir a la molécula en el listado de medicamentos Vitales No Disponibles.

Al día hoy la última importación que entró al país (en Feb 2019) bajo la modalidad del Registro Sanitario vigente, está por agotarse y la próxima importación bajo la nueva modalidad (Vital No Disponible) se encuentra en gestión y en trámites de autorización por parte de las autoridades.

Esperaríamos que esta condición de Vital No Disponible sea de carácter temporal y que se revise la posible exclusión de la molécula

de la Circular No 7, así seguiríamos importando Vesanoïd® a través de su Registro Sanitario vigente."

Sin embargo, este medicamento cuenta registro sanitario y para su importación se requiere previa autorización de la entidad que representa, de conformidad con lo estipulado en el artículo 8° de la Resolución 481 de 2004. En la actualidad la radicación de la solicitud se puede hacer por medio del canal virtual que se ha dispuesto para ello, así:

"virtualmente en el link: https://app.invima.gov.co/oficina_virtual/ , OPCIÓN: "ENVIAR UNA SOLICITUD NUEVA" y en la siguiente pantalla seleccionar el servicio: "Autorización de Importación - Donaciones Internacionales - Vital No Disponible"

Adicionalmente los interesados que pueden ampliar la información sobre como radicar esta solicitud ante el Invima, accediendo al link: <https://www.invima.gov.co/medicamentos-vitales-no-disponibles>

Conforme a lo anterior, es claro que la denominación de vital no disponible, no se adquiere únicamente cuando el medicamento no cuenta con registro sanitario, sino que adicionalmente se entiende como tal, el medicamento que aun contando con registro sanitario no se encuentra en el comercio y en esa medida, si concurren los requisitos establecidos en el Decreto 481 de 2004, el Instituto deberá autorizar su importación.

Quiere decir lo anterior, que siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriores y sean aportados los documentos previstos en la norma, el INVIMA otorgará la autorización de importación sanitaria del medicamento. Una vez se radica la solicitud ante el INVIMA, este Instituto procede a dar trámite a la misma en la mayor brevedad posible, toda vez que, aunque el Decreto 481 de 2004 no contempla ningún término, esta entidad entiende la prioridad que se le debe dar a esta clase de medicamentos y la necesidad de los medicamentos" (...)

Con fundamento en lo anterior, arguye que son las Entidades Promotoras de Salud EPS quienes tienen la obligación de garantizar los servicios de salud a que tiene derecho todo afiliado, quienes a su vez deberán asegurar la prestación de los tratamientos médicos o terapéuticos conforme a los principios de equidad, integralidad, igualdad, calidad y solidaridad. Por lo que solicita que la entidad a la que representa sea desvinculada de la presente acción constitucional.

PRUEBAS

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

- Fotocopia de parte de la historia clínica.

- Fotocopia de la orden medica de fecha 02 de julio de 2021, para el medicamento, Acido Retinoico (tretinoína) 10 mg Cap., Acido Folico 5mg Tab, Metotrexato 2,5 mg Tab, Mercaptopurina 50 mg Tab.
- Búsqueda de medicamento Acido Retinoico (tretinoína) 10 mg Cap. en base de datos del Ministerio de Salud.
- Allegó correo electrónico de solicitud de medicamento ante la EPS Sanitas con fecha 7 de julio de 2021.
- Soporte de radicación de quejas ante la superintendencia de salud por la falta de suministro del medicamento acido retinoico (tretinoína). Con fecha 3 de junio y 30 de junio de 2021.
- Fórmulas médicas del 21 de mayo de 2021 y 2 de julio de 2021.
- Respuesta del 18 de mayo de 2021 y 9 de abril de 2021 emitidas por la EPS Sanitas a las quejas elevadas ante la Superintendencia de Salud.

Por su parte la EPS Sanitas allegó certificado de existencia y representación, Droguerías Cruz Verde allegó certificado de existencia y representación, el Ministerio de salud allegó los documentos que acreditan la faculta para actuar de la funcionaria encargada de allegar la respuesta a esta acción. El INVIMA por su parte allegó los documentos que acreditan su existencia y representación, finalmente el ADRES allegó poder para actuar.

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.

Frente al factor territorial se tiene que el accionante como agente oficioso de su esposa se encuentra vinculado al sistema general de seguridad social en salud al municipio de Mosquera, pero actualmente en la ciudad de Bogotá es donde se le está prestando el servicio de salud.

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.

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 esta 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',

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).

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 toma 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

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

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 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 otra 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

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

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.

El suministro oportuno de medicamentos

El suministro de medicamentos constituye una de las obligaciones principales de las entidades promotoras de salud, además es importante que dichas corporaciones hagan la entrega oportuna y eficiente de los mismo, por lo anterior, cuando la EPS no se allana al suministro del medicamento, vulnera derechos fundamentales como el de la salud y la vida digna del paciente, al no iniciar de forma oportuna el tratamiento médico que le ha sido prescrito por su médico tratante, en palabras de la honorable Corte Constitucional *esta afectación conlleva a una condición irreparable y al retraso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad.*⁴

Adicionalmente con la no entrega de los medicamentos las EPS incumplen los postulados de integralidad y continuidad en la prestación de los servicios de salud, en aquellos casos en que se interponen barreras injustificadas que conllevan a la imposición de cargas que no tiene porque soportar los pacientes del sistema de salud, por tal razón se ha establecido que la entidades promotoras de salud tienen la obligación de garantizar la oportuna y eficiente entrega de los medicamentos que requiere el paciente, a través de la adopción de medidas especiales cuando se presentan barreras injustificadas que impidan su acceso en amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la integridad física.

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.

⁴ Sentencia T-092 de 2018 M.P Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez

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*"⁵.

El alto Tribunal 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".⁶ (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

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

⁶ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente⁷.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a analizar si la EPS Sanitas, vulnera los derechos fundamentales a la salud, la vida, la dignidad humana, la seguridad social e igualdad de **CRISTINA ISABEL GRANADOS GAITÁN**, al no garantizar la entrega del medicamento ácido retinoico (tretinoína) que fue ordenado por el médico tratante el 2 de julio de 2021 y a la fecha no ha sido entregado.

Asimismo, determinar si le asiste razón a la parte actora frente a sus solicitudes para que la EPS accionada preste un tratamiento integral a la paciente, así como la exoneración de copagos y cuotas moderadoras para la prestación de los servicios de salud de su esposa.

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

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso particular, se advierte la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la señora **CRISTINA ISABEL GRANADOS GAITÁN**, en esta oportunidad representada por su esposo **CARLOS ANDRÉS MORA QUIROGA** como agente oficioso, al encontrarse afiliada al régimen contributivo en salud como beneficiaria en la EPS Sanitas y según su historia clínica padecer leucemia promielocítica aguda.

Ahora bien, obra en el expediente, copia de la orden expedida por el médico tratante quien con fecha 2 de julio de 2021 ordenó el medicamento ácido retinoico (tretinoína) 10 mg cap. Sobre el particular y conforme a la jurisprudencia mencionada, uno de los requisitos para la prosperidad de la acción de tutela, dependerá de que el servicio requerido, haya sido prescrito por médicos tratantes adscrito a la entidad promotora de salud a la que se encuentre afiliada la usuaria, aspecto que para el caso que se estudia se cumple.

Ahora bien, de acuerdo a los hechos expuestos por el accionante, su inconformidad radica en el hecho que habiendo petitionado a la entidad promotora de salud el medicamento ordenado para su esposa, a la fecha no le han entregado el mencionado, pese a que ha cumplido con toda la carga que le corresponde, como lo es radicar y adelantar el trámite ordinario.

Es la oportunidad para indicar que la EPS Sanitas y Droguerías Cruz Verde, informan que se están adelantando los tramites necesarios para realizar la

⁷ 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.

entrega del medicamento a la paciente, sin embargo, no allegaron soporte alguno que acredite las gestiones realizadas, más aun cuando es una obligación de la EPS, como se advirtió en la consideraciones de esta providencia garantizar la prestación del servicio médico de manera integral, oportuna y eficiente, situación que no se ha cumplido por parte de las accionadas.

Este estrado judicial, concibe la vida en condiciones dignas, como una condición, lo más lejana posible al sufrimiento y la humillación; las autoridades y el estado Colombiano, deben hacer todo lo que esté a su alcance para aligerar las cargas que la naturaleza impone a ciertas personas, razón por la cual el tratamiento que determine el médico especialista o tratante debe ser puntual y no puede ser interrumpido; pues de no realizarlo a tiempo, como sucede en este caso, se pone en riesgo el derecho a la salud y vida en condiciones dignas e integridad personal de **CRISTINA ISABEL GRANADOS GAITAN** y se obviaría la finalidad que tiene la entidad promotora de salud, frente a la afiliada, pues no vale de nada la orden del médico tratante si la entidad encargada de garantizar el servicio no vela por ello.

Si con el medicamento ordenado por el profesional de la medicina, se logra mejorar la calidad de vida de la usuaria, la entidad promotora de salud está en la obligación de garantizar un **OPORTUNO SERVICIO**, pues de no hacerlo como sucede con el presente caso, 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 se debe brindar a toda persona que se encuentre en circunstancias de disminución física, siendo necesario que este Despacho, tome los correctivos a que haya lugar para conjurar la trasgresión a los derechos reclamados.

Consecuente con lo manifestado se tutelarán los derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana, seguridad social e igualdad de **CRISTINA ISABEL GRANADOS GAITAN**. Por las razones antes expuestas la EPS Sanitas en asocio con Droguerías Cruz Verde, a través de sus representantes legales, gerentes, directores o quienes hagan sus veces, deberán en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, garantizar la entrega del medicamento ácido retinoico (tretinoína) 10 mg cap. conforme a la prescripción del médico tratante.

En caso que Droguerías Cruz Verde, donde inicialmente fue direccionada para la entrega del medicamento, no se encuentre en condiciones de dispensarlo oportunamente, deberá informar en forma inmediata a la EPS Sanitas, para que esta entidad se encargue de designar otra institución adscrita a su red o contratar los servicios con una Farmacia particular, respetando el principio de oportunidad en la prestación del servicio y el tratamiento para la entrega del medicamento requerido.

Con relación al tratamiento integral, deprecado, observa este estrado que en efecto la Entidad Promotora de Salud Sanitas, ha prolongado la entrega del medicamento requerido, razón por la cual se impartirá la directriz correspondiente, ello en atención a que se aportó la orden médica; pero acceder a un tratamiento integral, es muy ambiguo, pues no se tiene certeza que pueda ordenar a futuro el médico y si dichos servicios serán negados, de ello no se tiene seguridad, siendo necesario demostrar un riesgo o amenaza en concreto, por cuanto de tutelar un tratamiento o unos servicios que no ha sido negados aún, se estaría frente a una situación futura e incierta, recordando 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.

Finalmente, pretende el accionante se le exonere de cualquier pago por concepto de copago y cuota moderada de los servicios de salud requeridos por su esposa, no obstante, es preciso señalar que por disposición legal estos pagos contribuyen a la financiación del sistema General de Seguridad Social en Salud, dichos pagos se calculan de acuerdo al ingreso base de cotización con cual el afiliado cotiza al sistema, siendo proporcional de conformidad a lo establecido en la normatividad vigente.

En el caso concreto de la accionada, Droguerías Cruz Verde informó al despacho que actualmente registra en el sistema que la actora se encuentra exenta del pago de cuota moderadora del servicio de suministro del medicamento en cuestión, por otra parte, refiere la EPS Sanitas en su contestación que la enfermedad de la accionante no hace parte de aquellas patologías denominadas como de alto costo, adicionalmente, el actor no probó sumariamente la afectación económica que pudiera padecer por el cobro de los servicios en salud de su esposa, por lo que esta judicatura no considera que se presente vulneración a derecho fundamental alguno de la actora. En consecuencia, no se accederá a la solicitud de exoneración de cualquier tipo de pago por concepto de copago o de cuota moderadora.

Del cumplimiento de esta decisión Sanitas EPS y Droguerías Cruz Verde, informaran al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

Se desvinculará de esta acción de tutela, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al Ministerio de salud y de la Protección Social y al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, por cuanto, estas entidades no han vulnerado derechos fundamentales en cabeza de la ciudadana **CRISTINA ISABEL GRANADOS GAITAN**.

De acuerdo a lo expuesto el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana y seguridad social de **CRISTINA ISABEL GRANADOS GAITAN**. Por las razones antes expuestas la EPS Sanitas en asocio con Droguerías Cruz Verde, a través de sus representantes legales, gerentes, directores o quienes hagan sus veces, deberán en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, garantizar la entrega del medicamento ácido retinoico (tretinoína) 10 mg cap. conforme a la prescripción del médico tratante.

En caso que Droguerías Cruz Verde, donde inicialmente fue direccionada para la entrega del medicamento, no se encuentre en condiciones de dispensarlo oportunamente, deberá informar en forma inmediata a la EPS Sanitas, para que esta entidad se encargue de designar otra institución adscrita a su red o contratar los servicios con una Farmacia particular, respetando el principio de oportunidad en la prestación del servicio y el tratamiento para la entrega del medicamento requerido.

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

TERCERO: NO TUTELAR, la pretensión relacionada con el la exoneración de pagos por concepto de cuotas moderadoras o copagos, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: DESVINCULAR, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al Ministerio de salud y de la Protección Social y al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, por cuanto no han vulnerado derechos fundamentales del accionante, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: Del cumplimiento de este fallo Sanitas EPS y Droguerías Cruz Verde, deben comunicar por escrito oportunamente a este Despacho.

SEXTO: 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, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


OMAR LEONARDO BELTRÁN CASTILLO

JUEZ