

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA



CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C. dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014).

ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: LIGIA YADIRA MARTÍNEZ TRIANA
ACCIONADA: ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL
-E.P.S. SANITAS-
RADICADO: 11001031500020140357500
ASUNTO: DERECHO A SALUD Y A LA VIDA

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

De acuerdo con la regla de reparto establecida en el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, procede la Sala a decidir la acción de tutela instaurada por la señora Ligia Yadira Martínez Triana en calidad de agente oficioso de Ligia Triana Martínez en contra de la SANITAS E.P.S., por considerar vulnerado el derecho fundamental a la salud, a la dignidad humana y a la vida.

I. ANTECEDENTES

El 20 de noviembre de 2014¹, la señora Ligia Yadira Martínez Triana, actuando en calidad de agente oficioso de Ligia Triana Martínez, instauró acción de tutela en contra de SANITAS E.P.S., por considerar vulnerado el derecho fundamental a la salud, a la dignidad humana y a la vida.

1. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

- 1.1. La accionante manifiesta que la señora Ligia Triana Martínez tiene la edad de 79 años, padece de tumor estromal gastrointestinal con metastásis hepática.
- 1.2. La paciente se encuentra afiliada a SANITAS E.P.S. y cuenta con los servicios de medicina prepagada con la empresa COLSANITAS.
- 1.3. El 20 de octubre de 2014, el Dr. Carlos Vargas ordenó como tratamiento médico 90 tabletas de SORAFENIB X 200 mg (1 tab en la mañana y 2 tab en la noche), bajo los siguientes argumentos: *“La señora TRIANA tiene un dx de GIST que ha pasado por las líneas de manejo convencionales previas con muy buen resultado. En este momento se pide manejo con el medicamento SORAFENIB debido a la progresión en SUNITINIB. Este medicamento pertenece a la misma familia de inhibidores de TKI del VEGF y tiene estudios con muy*

¹ Fl. 1.

buenos resultados en esta indicación clínica. Otras moléculas aprobadas en otros países como Nilotinib o Regorafenib no están disponibles en nuestro país. Es la razón de la formulación. Se pide evaluación por junta de decisiones”.

1.4. La orden médica fue radica en COLSANITAS medicina prepagada, y ésta entidad la tramitó ante la EPS SANITAS.

1.5. La EPS negó el suministro del medicamento.

2. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

“1. Amparar los derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, la seguridad social, la oportunidad y continuidad del tratamiento médico necesario para la atención de la enfermedad catastrófica y de alto costo que le aflige a Ligia Triana Martínez.

2. Ordenar a SANITAS E.P.S. que dentro de las 24 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela o de la medida provisional que decrete el despacho, procedan a garantizar el tratamiento médico que requiere, consistente en el suministro del medicamento SORAFENIB en la forma ordenada por el médico tratante.

3. Ordenar a la SANITAS E.P.S., que dentro de las 24 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela o de la medida provisional que decrete el despacho, la atención prioritaria con el especialista en oncología clínica,

para que valore las posibles afecciones causadas por la falta de tratamiento que requiere la patología.

4. Ordenar a SANITAS E.P.S. garantizar la oportunidad y continuidad en el tratamiento médico de la enfermedad denominada tumor estromal gastrointestinal (GIST) con metastásis hepática, tratamiento que deberá ser médico integral acompañado de los servicios médicos asistenciales que se requieran, garantizando la autorización y entrega de medicamentos, dispositivos médicos, asignación de citas médicas para control y exámenes diagnósticos a que haya lugar.

5. Una vez se profiera sentencia o decisión de adopción de medida provisional en mi favor, solicito se ordene a la accionada remitir al despacho copia de los documentos con las formalidades de ley con las cuales acredite el cumplimiento de lo ordenado en el fallo, so pena de iniciar en contra de ellos el correspondiente incidente de desacato y la imposición de sanciones de ley”.

3. Fundamentos de la acción

Para la accionante, la negativa de la NUEVA E.P.S. vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la vida de la señora Ligia Triana Martínez.

Señaló que la Corte Constitucional ha reconocido una protección especial para las personas diagnosticadas con cáncer y de la tercera edad, debido al grado de vulnerabilidad en que se encuentran.

Consideró debe ordenarse el tratamiento médico con SORAFENIB, prescrito por el médico tratante, de forma oportuna, continua, ininterrumpida, eficaz y

de calidad, debido al grado de indefensión, necesidad y urgencia que presenta la agenciada.

Advirtió, que de no suministrársele los medicamentos, atenciones e insumos para el tratamiento integral de la enfermedad, se estaría afectando de manera directa el derecho a la vida, a la dignidad humana y a la salud.

Solicitud medida provisional

El accionante solicitó como medida provisional que se ordene a SANITAS E.P.S. que realice el tratamiento médico del tumor estromal gastrointestinal con metastasis hepática, autorizando inmediatamente el medicamento SORAFENIB y la atención inmediata con el médico tratante, el Dr. Carlos Alberto Vargas especialista en oncología clínica, para que determine las afecciones que se han generado por la demora en el tratamiento.

5. Medida Provisional

Mediante auto del 21 de noviembre de 2014, se decretó la medida provisional en el sentido de ordenar a SANITAS E.P.S., de manera inmediata, autorice la orden para el suministro del medicamento SORAFENIB X 200 mg, en la dosis y cantidades prescritas por el médico especialista tratante.

6. Intervenciones

Una vez avocado el conocimiento de la presente acción, mediante auto del 21 de noviembre de 2014, se ordenó notificar a la parte accionada.

SANITAS E.P.S., se opuso a la solicitud de medicamento y tratamiento médico realizada por el accionante, con fundamento en los siguientes argumentos:

El medicamento SORAFENIB no hace parte del POS para el tratamiento de pacientes con carcinoma de células renales avanzado, con carcinoma hepatocelular y carcinoma de tiroides diferenciado localmente avanzado o metastásico refractario a yodo radiactivo.

El Comité Técnico Científico negó el cubrimiento del medicamento SORAFENIB porque no tiene registro INVIMA para la enfermedad presentada por la usuaria.

La pretensión de brindar un tratamiento integral no es procedente en tanto no existe una prescripción médica que lo ordene.

La EPS no ha realizado una acción u omisión que vulnere o amenace los derechos fundamentales de la señora Ligia Triana Martínez, toda vez que ha autorizado todos los servicios requeridos por la paciente, previa orden de los médicos tratantes.

En el evento de que se decida acceder a las pretensiones del accionante respecto al tratamiento integral, solicitamos que en la sentencia se delimite que el mismo sea cubierto de acuerdo con la patología de la paciente, y se precise que si llegare a necesitar servicios que no se encuentran contenidos en el POS, la EPS tiene la facultad de acudir ante el FOSYGA para obtener el 100% del reembolso de los valores que en exceso de sus obligaciones deba asumir.

COLSANITAS medicina prepagada indicó que el contrato de medicina prepagada no cubre el suministro de medicamentos para el tratamiento ambulatorio. Que en todo caso, la paciente no quedó descubierta porque se encuentra afiliada a la EPS SANITAS.

Teniendo en cuenta que el medicamento SORAFENIB no se encuentra cubierto por el POS, la EPS lo tramitó ante el CTC, quien lo rechazó por no estar indicado según el INVIMA para la enfermedad que padece la señora Ligia Triana Martínez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del Artículo 86 de la Constitución Política, *"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 en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto"*.

Este mecanismo fue concebido por el constituyente para la protección inmediata, oportuna y adecuada, ante situaciones de amenaza o vulneración, de los derechos fundamentales, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales.

La acción, sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales que permitan proteger los derechos fundamentales del tutelante, salvo que se

interponga como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

1. Cuestión Previa: Procedencia de la figura del agente oficioso en la acción de tutela.

1.1. Previo a resolver el asunto de fondo, la Sala pone de presente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en la acción de tutela es admisible la agencia oficiosa.

Esta figura permite que cualquier persona pueda agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Para tal efecto, esa circunstancia debe manifestarse en la acción de tutela².

1.2. Así, para que proceda la agencia oficiosa debe i) señalarse que se actúa en esa calidad y, ii) explicar las razones por las cuales el titular de los derechos invocados no se encuentra en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio³.

1.3. En este caso, la accionante indicó que actúa en calidad de agente oficioso de su madre –Ligia Triana Martínez-, quien padece de cáncer estromal gastrointestinal con metástasis hepática, lo que le impide presentar personalmente la acción de tutela, afirmación que se encuentra soportada en diagnóstico del médico tratante.

² Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

³ En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia T-218 de 2013.

1.4. Estas circunstancias evidencian que la agenciada no se encuentra en condiciones para ejercer por sí misma la defensa de sus derechos fundamentales. En consecuencia, debe reconocerse a la señora Ligia Yadira Martínez Triana como agente oficioso de la señora Ligia Triana Martínez.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si SANITAS E.P.S. vulneró el derecho fundamental a la vida, a la dignidad humana y a la salud de la señora Ligia Triana Martínez al negarle el medicamento SORAFENIB y la prestación de un tratamiento integral para su enfermedad.

3. Alcances de los derechos a la vida, dignidad humana y la salud en la población adulta mayor

3.1. La Constitución Política, en los artículos 13 y 46, contempla una protección especial del Estado y la sociedad a las personas de la tercera edad, en concordancia con los preceptos en que se funda el Estado social de derecho: la solidaridad y la dignidad humana⁴,

3.2. La Corte ha señalado⁵ que *“los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y, es por ello, que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.*

⁴ Artículo 1º Constitución Política.

⁵ T-540 de 2002 y T-1111 de 2013.

La atención en salud de las personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”.

A partir de esa consideración, esa Corporación ha reconocido una protección reforzada del derecho a la salud en las personas de la tercera edad que se materializa con la garantía de una prestación continua, integral, permanente y eficiente de los servicios de salud que requieran, no solo en aquellos eventos de tratamiento de enfermedades físicas o mentales, sino también ante situaciones en las que está en riesgo la posibilidad de que una persona viva en condiciones de dignidad⁶.

3.3. Es el caso de la agenciada que propende porque se ampare su derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, dado que padece una enfermedad de carácter *ruinosa o catastrófica*, como lo es el cáncer⁷.

3.4. La Corte Constitucional ha sido reiterativa en darle una protección especial 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 requieren estos pacientes para el tratamiento específico⁸.

⁶ T-180 de 2013.

⁷ Esta enfermedad, por la complejidad de su atención, es catalogada como “catastrófica o ruinosa” por los artículos 17 y 117 de la Resolución 5261 de 1994, mediante la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

⁸ T-090 de 1998 y T-066 de 2012.

3.5. De acuerdo con los anteriores criterios, la Corte⁹ estableció unas reglas que deben observar los jueces para inaplicar las normas del POS y, su lugar, ordenar el suministro de medicamentos, insumos o tratamientos no incluidos en ese plan, en aras de garantizar los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud. Estas son:

- “i) La falta de servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere,*
- ii) El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS,*
- iii) El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie,*
- iv) El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”.*

3.6. En consecuencia, de cumplirse los requisitos mencionados, procede la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales del afectado.

4. Caso concreto

4.1. El agente oficioso de la señora Ligia Triana Martínez indicó que ésta tiene 79 años y, padece de un tumor estromal gastrointestinal con metástasis hepática. Esta afirmación se corrobora en el diagnóstico del médico especialista tratante.

Con fundamento en ello, solicitó que se le autorizara a la afectada el medicamento SORAFENIB y, se le prestara un tratamiento médico integral con un especialista en oncología clínica, garantizándole la entrega de los

⁹ T-760 de 2008 y T-160 de 2014.

medicamentos, dispositivos médicos, asignación de citas y exámenes médicos a que hubiere lugar.

4.2. Para soportar esa solicitud, allegó el diagnóstico del médico tratante especialista en oncología clínica, quien le prescribió **el medicamento SORAFENIB**¹⁰.

4.3. A pesar de que radicó la citada orden médica ante SANITAS E.P.S., dicha entidad negó su autorización y suministro, por cuanto ese medicamento no tiene registro INVIMA para la enfermedad presentada por la usuaria.

4.4. En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional¹¹ ha establecido que cuando se está ante un caso en que la entidad promotora de salud o el Comité Técnico Científico niegan el suministro de un medicamento por no contar con el registro sanitario expedido por el INVIMA, se debe evaluar si el derecho a la salud se encuentra comprometido con dicha negativa.

Esa Corporación explicó que el derecho a la salud de una persona implica que se le garantice el acceso al medicamento que requiere, así no cuente con registro del INVIMA, si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) el medicamento pueda ser sustituido por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el

¹⁰ Fls 14-16 c.p.

¹¹ T-975 de 1999, T-945 de 2004, T-1214 de 2008, T-834 de 2011, T-042 de 2013, entre otras.

mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano¹².

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez constitucional no puede (i) ordenar una medicina que se encuentre en etapa experimental y (ii) se debe evitar el grave riesgo de la vida del paciente. Por tanto, es necesario evaluar la prescripción del médico tratante por medio de criterios científicos¹³.

4.5. De esta forma, es procedente el suministro de medicamentos no registrados en el INVIMA a menos que se demuestre que existe otra alternativa médica o, se determine, con fundamento en evidencia científica, que la medicina prescrita por el médico tratante no ofrece seguridad ni es eficiente para tratar la enfermedad del paciente.

4.6. Para tal efecto, la carga de la prueba recae sobre la EPS, dado que esa entidad, posee los medios técnicos y el acceso al conocimiento médico necesario para obtener este tipo de argumentos científicos.

4.7. En este caso, la EPS no aportó un criterio médico que desvirtuara el diagnóstico del médico tratante, ni una evidencia científica que determinara que el medicamento pone en riesgo la vida del paciente o no es el indicado para el tratamiento de su enfermedad.

4.8. Por su parte, el médico tratante, especialista en oncología clínica, certificó que el paciente requiere del medicamento SORAFENIB debido a la progresión de la enfermedad con el medicamento SUNITINIB. La razón de la

¹² *ibidem*

¹³ T-539 de 2013.

formulación la fundamentó en que el SORAFENIB es un medicamento que tiene estudios con muy buenos resultados en la patología del paciente, y que otros medicamentos aprobados en otros países no están disponibles en Colombia¹⁴.

4.9. Teniendo en cuenta que el oncólogo tratante diagnosticó que el medicamento SORAFENIB es el que puede producir efectos favorables en la paciente, y dado que se trata de una adulta mayor enferma de cáncer, se encuentra que la negativa del suministro del medicamento puede poner en riesgo la vida de la afectada.

Además, está demostrado que la paciente no respondió satisfactoriamente a otros medicamentos, lo que ha producido el avance del estado de su enfermedad.

4.10. En consecuencia, se ordenara a la EPS, que en el caso de que a la fecha de la notificación de esta providencia no hubiere cumplido la medida cautelar, suministre a la señora Ligia Triana Martínez el medicamento SORAFENIB por la cantidad y término prescrito por el médico tratante.

4.10. En lo que concierne a la solicitud del **tratamiento médico integral** la Sala realiza las siguientes precisiones:

Las condiciones físicas y económicas de la señora Ligia Triana Martínez y, el diagnóstico del oncólogo tratante, hacen evidente el estado de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta en el que se encuentra, que le impide desarrollarse plenamente. Por tanto, se trata de un sujeto de protección especial constitucional.

¹⁴ FI 14-16 c.p.

Recuérdese que las personas de tercera edad, que además, sufren de enfermedades catastróficas, gozan de una protección especial por parte del Estado, que le impone a las autoridades la obligación de brindarles las condiciones necesarias que le permitan garantizar su derecho a la dignidad humana.

Es por eso que la Sala ordenará a SANITAS E.P.S. que adopte de forma prioritaria las medidas necesarias, tendientes a la conservación de la salud de la afectada.

4.11. Así las cosas, la Sala ordenará a SANITAS E.P.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta decisión, preste de forma prioritaria el tratamiento integral a la patología que padece la señora Triana Martínez, mediante un especialista en oncología clínica y, autorizando todos los procedimientos, medicamentos, exámenes de apoyo diagnóstico y de seguimiento, y demás tratamientos y servicios que su enfermedad demanden.

5. De la solicitud del recobro de los servicios e insumos al FOSYGA

5.1. La E.P.S. demandada solicitó que en el caso de que se concediera el amparo, le fuera autorizado **el recobro de los servicios y medicamentos al FOSYGA.**

5.2. Al respecto, la Corte Constitucional¹⁵ ha señalado que la EPS está autorizada a recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA-

¹⁵T-223 de 1996, T-760 de 2008 y T-126 de 2010, entre otras.

cuando deba prestar o suministrar un servicio o medicamento que no se encuentra referenciado en el POS con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de un ciudadano.

5.3. Con fundamento en la citada jurisprudencia constitucional, se autoriza a la EPS el recobro al FOSYGA del medicamento SORAFENIB y de los servicios y medicamentos no incluidos en el POS, que deba asumir en el tratamiento médico integral de la paciente por ser esenciales para preservar el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad humana de la señora Triana Martínez.

6. Conclusión

En consecuencia, se accede a la solicitud del accionante de que se ordene a la E.P.S. el suministro del medicamento SORAFENIB, la prestación del tratamiento integral a la patología que padece la señora Triana Martínez mediante un especialista en oncología clínica y, la autorización de todos los procedimientos, medicamentos, exámenes de apoyo diagnóstico y de seguimiento, y demás tratamientos y servicios que su enfermedad demanden.

Y, se autoriza a la EPS el recobro al Fosyga del medicamento y, de los servicios y medicamentos no incluidos en el POS que deba asumir en el tratamiento médico de la paciente.

En mérito de lo expuesto, la **Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

2. **RECONÓZCASE** a la señora Ligia Yadira Martínez Triana como agente oficioso de la señora Ligia Triana Martínez.
3. **CONCÉDASE** la protección constitucional del derecho fundamental a la vida, a la salud y a la dignidad humana de la señora Liga Triana Martínez, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
4. En consecuencia, **SE ORDENA** a SANITAS E.P.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia:
 - i) Suministre el medicamento SORAFENIB en la cantidad y término prescrito por el médico tratante, en caso de que aún no hubiere dado cumplimiento a la medida cautelar.
 - ii) Preste de forma prioritaria el tratamiento integral a la patología que padece la paciente mediante un especialista en oncología clínica.
 - iii) Autorice todos los procedimientos, medicamentos, exámenes de apoyo diagnóstico y de seguimiento, y demás tratamientos y servicios que su enfermedad demanden.

5. **AUTORÍCESE** a SANITAS E.P.S. para el recobro al FOSYGA del costo de los medicamentos y servicios no incluidos en el POS cuya prestación y suministro fueron ordenados en esta providencia.
6. **NOTIFÍQUESE** la presente decisión a los interesados, por telegrama o por cualquier otro medio expedito.
7. De no ser impugnada la presente providencia, **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ