

## **DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA - Ambitos de protección**

La protección del derecho a la vida no se centra únicamente en su connotación biológica, sino que se extiende a las condiciones de dignidad en que se debe desarrollar la existencia del ser humano. Se concibe como un derecho principalísimo, a partir del cual surgen y se amparan los otros derechos fundamentales, que comporta no solo la existencia física del ser humano sino la garantía de que ostente un mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, lo cual también viene entendido como mínimo vital de subsistencia.

## **DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL - Alcance. Contenido / SEGURIDAD SOCIAL - Principios**

El derecho a la seguridad social se encuentra previsto en el artículo 48 de la Carta Política que lo concibe como 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. Se le ha reconocido carácter de fundamental en tanto la satisfacción de su contenido, esto es, del derecho a la pensión y a la salud, envuelve así mismo el goce de las demás libertades, la materialización del principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Empero, para su amparo resulta menester que se satisfagan los requisitos legales y reglamentarios previamente dispuestos para su realización, ello sin desconocer su carácter de derecho irrenunciable.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 48

## **DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD - Alcance constitucional**

La salud viene concebida en la Carta Política como: i) un servicio público a cargo del Estado; ii) un deber ciudadano de procurar el propio cuidado integral; iii) una garantía a todas las personas de acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación; iv) un derecho fundamental de los niños; v) un servicio garantizado a las personas de la tercera edad; vi) una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; y vii) un valor que se debe proteger en relación con toda persona de conformidad con el principio de solidaridad social.

**NOTA DE RELATORIA:** sobre la autonomía del derecho a la salud, consultar: sentencia T-603 de 2010 de la Corte Constitucional. Ahora bien, en cuanto a los requisitos jurisprudenciales para la autorización de medicamentos, procedimientos, o servicios, excluidos del Plan obligatorio de Salud, ver sentencias T-1138 de 2005, T-662 de 2006 y T-523 de 2011.

**PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Función del Comité Técnico Científico / CONCEPTO DEL COMITE TECNICO CIENTIFICO - No es un requisito para la autorización de medicamentos, procedimientos y servicios no POS / CONCEPTO DEL COMITE TECNICO CIENTIFICO - Admite prueba en contrario**

En punto de la función que desempeñan los Comités Técnicos Científicos de las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud, en relación con la autorización de medicamentos, procedimientos y servicios no POS, la jurisprudencia constitucional se ha decantado por afirmar que su concepto no es un requisito para su suministro, pues su naturaleza administrativa, su composición según la cual no todos sus integrantes son profesionales de la medicina ni ciencias afines, y su dependencia con la entidad para la cual conceptúan, no tornan indispensable dicho concepto, ni su intervención puede considerarse como una instancia más entre los usuarios y las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud, pues tales comités solo emiten conceptos relacionados con

la provisión de medicamentos no POS y no sobre otros servicios también excluidos. De otra parte, la misma jurisprudencia constitucional ha sostenido que en los conflictos sobre medicamentos excluidos del POS, suscitados entre médico tratante y Comité Técnico Científico, prevalece lo dispuesto por el profesional de la medicina que conoce y viene tratando a su paciente, salvo que el comité, basado en conceptos médicos de especialistas, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, con igual apoyo en la historia clínica, considere lo contrario.

**NOTA DE RELATORIA:** al respecto, consultar sentencias de la Corte Constitucional: T-780 de 2010, T-840 de 2011 y T-964 de 2012.

**DERECHO A LA SALUD - Suministro de medicamento sin registro sanitario INVIMA / NEGACION INDEFINIDA - Prueba suficiente de la ausencia de capacidad económica**

En el asunto bajo estudio, se encuentran satisfechos los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para la autorización por vía de tutela del medicamento que le fue negado al menor, pese a no contar con registro sanitario INVIMA, a saber: *i)* La vida y salud del menor se encuentra en juego. *ii)* El medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Manual Único de Medicamentos... Además, si bien la parte demandada argumenta en su favor que el medicamento no fue autorizado por el Comité Técnico Científico, no puede perderse de vista que la jurisprudencia constitucional ha considerado que dicho concepto no es un requisito indispensable para que el medicamento requerido por el usuario se otorgue por vía de tutela, salvo que se fundamente en conceptos médicos de especialistas y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, con igual apoyo en la historia clínica, lo cual en modo alguno se satisface en el asunto bajo estudio, donde los médicos tratantes exponen el sustento de su decisión. *iii)* El nuevo medicamento no está en etapa experimental. *iv)* La actora no puede costear el servicio médico o el medicamento ni acceder a ellos por otro plan distinto. Tal negación no fue controvertida por CAPITAL SALUD EPS-S, quien no probó lo contrario. Ni siquiera se pronunció al respecto, cuando está llamada a tener en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados o beneficiarios, lo que le otorga aptitud plena para controvertir fundadamente las aseveraciones referentes a la incapacidad económica alegada, de manera que su pasividad frente a ello conlleva a que tal negación sea tenida como prueba suficiente... *v)* El medicamento fue ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo está solicitando.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 20 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 21

**NOTA DE RELATORIA:** en relación con la jurisprudencia constitucional relativa a los medicamentos que no cuentan con registro sanitario INVIMA, ver sentencias de la Corte Constitucional: T-975 de 1999, T-344 de 2002, T-1214 de 2008, T-418 de 2011 y T-042 de 2013. De otra parte, entre los criterios de valoración probatoria en materia de salud, la sentencia T-760 de 2008 se refiere a la negación indefinida como criterio, a partir del cual, el juez puede determinar si un usuario tiene o no capacidad económica.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Magistrado ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

Bogotá, D.C., cinco (05) de marzo de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03785-01(AC)**

**Actor: YULIANA ROCIO HERNANDEZ RODRIGUEZ EN REPRESENTACION DE SU MENOR HIJO**

**Demandado: EPS-S CAPITAL SALUD Y SECRETARIA DE SALUD DE BOGOTA**

Se decide la impugnación interpuesta por **CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S.** contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2014, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que concedió el amparo solicitado.

### **I. LA SOLICITUD DE TUTELA**

**YULIANA ROCÍO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, en nombre de su menor hijo, presentó acción de tutela contra la **EPS-S CAPITAL SALUD** y la **SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ** con miras a obtener la protección de los derechos fundamentales a la vida, seguridad social y salud del niño, que estima vulnerados por la negación del medicamento **RITUXIMAB** bajo el argumento de carecer de registro INVIMA para la patología de encefalitis de Hashimoto que padece.

### **II.- LOS HECHOS**

**2.1. HAROLD SAMUEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** tiene 6 años de edad, se encuentra afiliado a **CAPITAL SALUD EPS-S** y padece de **ENCEFALITIS DE HASHIMOTO**.

**2.2.** En junta de médicos de la IPS FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA se le ordenó el medicamento **RITUXIMAB solución inyectable 100 mg/10 ml** que **CAPITAL SALUD EPS-S** se ha negado a suministrar porque carece de registro INVIMA para la patología que padece el menor. Los galenos tratantes indican que han allegado toda la información y documentación necesaria para la entrega del medicamento.

**2.3.** La familia del niño es de escasos recursos y no está en capacidad económica de costear el medicamento.

### **III. LAS PRETENSIONES**

Pide que se ordene la entrega del medicamento y la atención integral al menor, brindándole los elementos, medicamentos, instrumentos, insumos y, en general, todo lo que le ordenen los médicos tratantes, con cargo al presupuesto de estas entidades o en su defecto que se repita contra el FOSYGA.

#### **IV. EL TRÁMITE DE LA TUTELA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

En primera instancia se admitió la acción y se ordenó la notificación de la demanda a **CAPITAL SALUD EPS**. Igualmente se concedió la medida provisional solicitada porque *“la mejoría o estabilización del menor se encuentra supeditada a la continuidad del tratamiento reseñado no solo por el médico tratante sino por la Junta Médica de Neuropatía realizada para analizar las posibles soluciones a la patología de Harold Samuel, máxime su falta la última aplicación del ciclo y cuando de ello dependa la salud y la vida del niño sujeto de especial protección según el artículo 44 constitucional”*.

##### **IV.1. Capital Salud EPS**

Pese a que en el fallo de primera instancia se dice que guardó silencio, a folios 48 y siguientes del expediente obra memorial mediante el cual respondió la demanda.

Dio cuenta del cumplimiento de la medida provisional ordenada, pero expresó que el medicamento prescrito al menor no se encuentra dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado – POS-S ni tampoco ostenta registro INVIMA para la patología del infante, sino para el tratamiento de artritis reumatoidea moderada o severa y en tratamiento de linfoma no Hodking, lo que la releva de responsabilidad en caso de producirse resultados adversos.

Indicó que por esas mismas razones el comité técnico científico negó su autorización. Solicitó que se ordene a la Secretaría Distrital de Salud prestar al paciente los servicios no incluidos en el POS. Y, anotó la improcedencia de ordenar la prestación del tratamiento integral por cifrarse en procedimientos futuros e indeterminados.

#### **V. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante fallo del 15 de diciembre de 2014, la Sección Quinta del Consejo de Estado amparó el derecho a la salud del menor y ordenó a CAPITAL SALUD EPS

autorizar el suministro del medicamento RITUXIMAB por el tiempo que sea necesario para garantizar el tratamiento integral al paciente.

Para adoptar tal decisión tuvo en cuenta que: i) la EPS negó la entrega del medicamento por no encontrarse en el POS y carecer de registro INVIMA; ii) la falta del medicamento y tratamiento ordenado pone en riesgo la vida del menor pese a carecer de registro INVIMA; iii) el medicamento no puede ser reemplazado por otro incluido en el POS porque respondió negativamente a todos ellos; y iv) la familia del menor no puede costear el medicamento ni acceder a él a través de otro plan de salud.

También consideró que si bien la EPS-S negó la entrega del medicamento por no encontrarse en el POS y carecer de autorización del INVIMA para tratar la afección del menor, lo cierto es que el médico tratante y la Junta Médica Neuropediátrica consideran que el suministro del medicamento se requiere en forma urgente para salvaguardar la vida del paciente, máxime si dicha medicina cuenta con licencia para su uso.

## **VI. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

**CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S** impugnó el fallo de primera instancia por cuanto el medicamento prescrito al menor no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud – POS ni tampoco ostenta registro INVIMA, aparte de que no tiene indicaciones en el manejo de la encefalitis de hashimoto. Por estas razones lo negó el Comité Técnico Científico.

Respecto de la orden de suministrar el medicamento sin la posibilidad de recobro, planteó que es al Distrito Capital de Bogotá a quien corresponde la obligación de garantizar la prestación de los servicios médicos excluidos de las coberturas del POS-S.

Por lo anterior pidió: -Revocar el fallo impugnado y negar las pretensiones. En su defecto: -Modificarlo para que se le releve de la entrega y la haga el Distrito; o - Modificarlo declarando la improcedencia de la orden de tratamiento integral por recaer sobre hechos futuros e inciertos.

Concretó que en caso de no acceder a lo precedente, se ordene el recobro por los servicios excluidos de las coberturas del POS-S, con cargo al Fondo Financiero de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### V.1. Problema jurídico a dilucidar.

Corresponde establecer si **CAPITAL SALUD EPS-S** le vulneró al menor **HAROLD SAMUEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** sus derechos fundamentales a la vida, seguridad social y salud, al negarle el suministro del medicamento “RITUXIMAB” por no encontrarse en el Plan Obligatorio de Salud – POS ni ostentar registro INVIMA para la patología de encefalitis de Hashimoto que padece. Igualmente, si resulta procedente ordenar la atención o tratamiento integral que reclama.

A fin de resolver tales interrogantes resulta pertinente pronunciarse, de manera previa, sobre: **i)** los derechos fundamentales a la vida, seguridad social y salud; **ii)** los requisitos jurisprudenciales para la autorización de medicamentos, procedimientos, o servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud – POS; **iii)** el hecho de que el concepto del Comité Técnico Científico no sea un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario se otorgue por vía de tutela; **iv)** la jurisprudencia constitucional respecto de los medicamentos que no cuentan con registro sanitario INVIMA procediendo posteriormente a: **v)** decidir el caso concreto.

#### V.1.1. Los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la salud

La protección del derecho a la vida<sup>1</sup> no se centra únicamente en su connotación biológica, sino que se extiende a las condiciones de dignidad en que se debe desarrollar la existencia del ser humano. Se concibe como un derecho principalísimo, a partir del cual surgen y se amparan los otros derechos fundamentales, que comporta no solo la existencia física del ser humano sino la garantía de que ostente un mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, lo cual también viene entendido como mínimo vital de subsistencia.

El derecho a la seguridad social se encuentra previsto en el artículo 48 de la Carta Política que lo concibe como un “*servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los*

---

<sup>1</sup> Art. 11 CN. “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”

*principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.”.*

Se le ha reconocido carácter de fundamental en tanto la satisfacción de su contenido, esto es, del derecho a la pensión y a la salud, envuelve así mismo el goce de las demás libertades, la materialización del principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Empero, para su amparo resulta menester que se satisfagan los requisitos legales y reglamentarios previamente dispuestos para su realización, ello sin desconocer su carácter de derecho irrenunciable.

A su turno, la salud viene concebida en la Carta Política como: **i)** un servicio público a cargo del Estado; **ii)** un deber ciudadano de procurar el propio cuidado integral; **iii)** una garantía a todas las personas de acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación; **iv)** un derecho fundamental de los niños; **v)** un servicio garantizado a las personas de la tercera edad; **vi)** una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; y **vii)** un valor que se debe proteger en relación con toda persona de conformidad con el principio de solidaridad social.

La salud, en síntesis, luego de protegerse inicialmente por conexidad con el derecho a la vida, ya se ha reconocido constitucionalmente como un derecho fundamental autónomo, propio o directo y, por ende, amparable por vía de tutela.

La Corte Constitucional define el derecho a la salud como

“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, que implica, a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, protección y recuperación.”<sup>2</sup>.

#### **V.1.2. Los requisitos jurisprudenciales para la autorización de medicamentos, procedimientos, o servicios, excluidos del Plan obligatorio de Salud.**

Estos requisitos comportan condiciones fácticas que se han determinado para, en cada caso concreto, inaplicar las normas de dichos planes en tanto excluyan prestaciones tendientes a la prevención, conservación o superación de

---

<sup>2</sup> Sentencia T-603 de 2010.

circunstancias que impliquen una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social.

En términos generales, se debe verificar o establecer que: **i)** la falta del servicio o medicamento vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; **ii)** el servicio o medicamento no pueda ser sustituido por otro que se encuentre en el plan obligatorio; **iii)** el interesado no pueda costearlo directamente y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y **iv)** el servicio o medicamento haya sido ordenado por un médico tratante adscrito a la entidad encargada de garantizarle su prestación a quien está solicitándolo, galeno quien deberá presentar la solicitud al Comité Técnico Científico<sup>3</sup>. Si ha sido ordenado por médico externo, la entidad que conoce la historia clínica particular de la persona no la descarte con base en criterios médicos científicos.<sup>4</sup>

Estos requisitos se han exigido ya sea respecto de afiliados al régimen contributivo o al subsidiado, sin perjuicio de las consideraciones especiales a atender relacionadas con la condición del sujeto a proteger, la enfermedad que se padece o el tipo de servicio requerido. También se han hecho valer en el Plan Obligatorio de Salud y en otros tales como el Plan de Servicios de Sanidad Militar y de la Policía Nacional, por ejemplo.

#### **V.1.3. El hecho de que el concepto del Comité Técnico Científico no sea un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario se otorgue por vía de tutela**

En punto de la función que desempeñan los Comités Técnicos Científicos de las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud, en relación con la autorización de medicamentos, procedimientos y servicios no POS, la jurisprudencia constitucional<sup>5</sup> se ha decantado por afirmar que **su concepto no es un requisito para su suministro**, pues su naturaleza administrativa, su composición según la cual no todos sus integrantes son profesionales de la medicina ni ciencias afines, y su dependencia con la entidad para la cual conceptúan, no tornan indispensable dicho concepto, ni su intervención puede considerarse como una instancia más entre los usuarios y las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud, pues tales comités solo emiten

---

<sup>3</sup> Sentencia T-523 de 2011.

<sup>4</sup> Sentencias T-1138 de 2005 y T-662 de 2006.

<sup>5</sup> T-780 de 2010, T-840 de 2011 y T-964 de 2012, entre otras.



conceptos relacionados con la provisión de medicamentos no POS y no sobre otros servicios también excluidos.

De otra parte, la misma jurisprudencia constitucional ha sostenido que en los conflictos sobre medicamentos excluidos del POS, suscitados entre médico tratante y Comité Técnico Científico, prevalece lo dispuesto por el profesional de la medicina que conoce y viene tratando a su paciente, salvo que el comité, basado en conceptos médicos de especialistas, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, con igual apoyo en la historia clínica, considere lo contrario.

#### **V.1.4. la jurisprudencia constitucional respecto de los medicamentos que no cuentan con registro sanitario INVIMA**

La Corte Constitucional ha determinado en su jurisprudencia que en los eventos en los cuales 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 establecer: **i)** si el derecho a la vida y salud se encuentra comprometido con dicha negativa; **ii)** si el medicamento es el único que puede producir efectos favorables en el paciente; y **iii)** que no se trate de una droga en etapa experimental.

Lo anterior por cuanto:

“el derecho a la salud de una persona implica que se le garantice el acceso a un medicamento que requiere, así no cuente con registro del INVIMA, si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) el medicamento sea posible sustituirlo por otro del 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 mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano.”<sup>6</sup>

En la sentencia T-975 de 1999 resolvió el caso de un paciente a quien su médico tratante le prescribió un medicamento sin registro sanitario INVIMA y el Comité Técnico Científico de su EPS lo negó. En esa oportunidad, con fundamento en un concepto del INVIMA según el cual el medicamento era el adecuado, concedió el amparo y ordenó su entrega, teniendo en cuenta la falta de capacidad económica del interesado.

---

<sup>6</sup> Sentencias T-834 de 2011, T-418 de 2011, T-1214 de 2008, T-297 de 2005, T-1328 de 2005, T-945 de 2004, T-173 de 2003, T-975 de 1999, entre otras.

En la sentencia T-344 de 2002 estudió la situación de quien padecía una enfermedad agresiva y su médico tratante le prescribió un medicamento no POS sin registro sanitario INVIMA. El Comité Técnico Científico de la EPS no autorizó su suministro por cuanto existían sustitutos que no se habían utilizados y para ese momento la comercialización del medicamento no estaba autorizada en el país.

Al resolver hizo ver la prevalencia del concepto del médico tratante y dejó en claro que el Comité Técnico Científico solo puede controvertirlo con argumentos científicos sustentados en una mejor información, lo cual no ocurrió. Tuvo en cuenta dos conceptos de médicos especialistas en la enfermedad de la actora que coincidían con la opinión del tratante, en tanto aseveraban que las alternativas terapéuticas del POS no serían eficaces por lo avanzado de la enfermedad. Confirmó la sentencia de instancia que concedió el amparo de los derechos fundamentales y ordenó la entrega del medicamento.

Con la sentencia T-1214 de 2008 decidió la situación de una persona a quien su médico tratante le prescribió el medicamento Rituximab (Mebthera) para el tratamiento de un Pseudotumor Orbitario, que le negaron porque no estaba incluido en el POS y carecía de registro INVIMA, además no estaba indicado para el tratamiento de esa enfermedad.

En el fallo se precisó que el juez de tutela no puede ordenar tratamientos que no hayan sido prescritos por el médico tratante. Respecto de la no figuración en el registro sanitario del uso terapéutico para la patología presentada por el actor, la Corte señaló que el alcance práctico de dicho registro sanitario es del de *“autorizar su producción, envase y comercialización”*. Pero advirtió que este no puede interpretarse como un criterio excluyente sobre la idoneidad de un medicamento para el tratamiento de una enfermedad, pues la misma depende en gran medida de los criterios médicos científicos de los cuales no solo es titular el INVIMA sino principalmente el médico tratante.

En esa oportunidad la Corte sostuvo:

“... no resulta una justificación suficiente que un medicamento prescrito por el médico tratante, no se suministre al paciente porque carece de registro INVIMA. Ello significaría desconocer la competencia normativa otorgada a los médicos en relación con la posibilidad y el deber de prescribir medicación y tratamientos necesarios y adecuados según el estado de salud de sus pacientes.”

En la parte resolutive de la sentencia ordenó a la EPS accionada que suministrara al actor el medicamento prescrito por su médico tratante.

Mediante la sentencia T-418 de 2011 se ocupó del caso de una persona con afección ocular a quien el médico tratante le prescribió un medicamento no POS, que en su registro sanitario no tenía contemplado el uso terapéutico de la enfermedad que padecía, razón por la cual el Comité Técnico Científico negó su suministro.

La Corte concluyó que se le vulneró el derecho a la salud porque se obstaculizó su acceso a un servicio que requería sin tener un fundamento científico para ello y porque se demostró que el medicamento fue prescrito por el médico tratante con fundamento en la mejor evidencia científica disponible, que no podía ser sustituido por otro con los mismos efectos. Se ordenó la entrega del medicamento.

Con todo, en la sentencia T-042 de 2013, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, atendiendo a que al INVIMA le corresponde determinar qué medicamentos deben ser utilizados por los médicos, indicar el uso adecuado de éstos, la dosis necesaria, y advertir sobre las contraindicaciones y los usos inadecuados para determinado medicamento, estimó que el juez constitucional no puede autorizar la entrega de un medicamento que carece de registro sanitario para determinado diagnóstico, porque se trata de un conflicto científico que requiere de un conocimiento específico para resguardar el derecho a la salud del paciente, labor que escapa la esfera jurídica.

A esa conclusión llegó dentro de un caso en que se negó la autorización del suministro de un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud que además carece de registro INVIMA para tratar la enfermedad de lupus eritematoso sistémico que padece el accionante y que tiene unos sustitutos incluidos en el POS que apenas se están suministrando.

#### **V.2.4. El caso concreto**

La actora estima vulnerados los derechos fundamentales a la vida y salud de su menor hijo, por cuanto **CAPITAL SALUD EPS-S** le negó el suministro del medicamento RITUXUMAB, necesario para el tratamiento de la encefalitis de Hashimoto que padece, por no figurar en el Plan Obligatorio de Salud – POS y carecer de registro INVIMA específicamente para esta última enfermedad, aunque si lo tiene para otras.

**HAROLD SAMUEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** es hijo de la actora y en la actualidad tiene 6 años de edad. Así lo demuestra el registro civil de nacimiento visible a folio 9 del expediente. Se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Régimen Subsidiado, Sisben 1, a través de **CAPITAL EPS-S** de conformidad con la fotocopia del carnet obrante a folio 1º.

La fotocopia de la historia clínica<sup>7</sup> enseña lo siguiente:

-El médico tratante del menor, por cuenta de la EPS-S a la cual está afiliado, le diagnosticó ENCEFALITIS DE HASHIMOTO. Desde el 3 de septiembre de 2014 se encuentra interno en la IPS Fundación Hospital La Misericordia.

-Después del tratamiento con diversos medicamentos que no ofrecieron los resultados esperados, su médico tratante y la división de reumatología decidieron continuar la atención de su patología con los medicamentos RITUXIMAB y CICLOFOSFAM con aplicación semanal por un mes.

-El tratamiento se inició el 27 de octubre de 2014 hasta el 18 de noviembre en el que se le interrumpió por cuanto la EPS-S CAPITAL SALUD anunció la no entrega del medicamento por no figurar en el POS y carecer de registro INVIMA para la atención de la patología presentada por el menor.

En el asunto bajo estudio, se encuentran satisfechos los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para la autorización por vía de tutela del medicamento que le fue negado al menor, pese a no contar con registro sanitario INVIMA, a saber:

**-La vida y salud del menor se encuentra en juego.** En la nota de la Junta Médica de Neuropatía se precisa:

**“...La no administración del tratamiento indicado en el paciente, causará que la enfermedad autoinmune de base se reactive y el paciente se deteriore, generando un deterioro (sic) neurológico progresivo, con riesgo de recaída en psicosis, eventos de auto y heteroagresión, y riesgo alto de estatus convulsivo refractario que puede llevar a la muerte...”**

---

<sup>7</sup>Folios 19 a 37.

**-El medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Manual Único de Medicamentos.** La patología ya se manejó con medicamentos incluidos en el POS sin lograr los resultados esperados. La misma Nota de la Junta Médica lo reseña así:

**“El paciente Harold Samuel, tiene un diagnóstico comprobado de encefalitis de Hashimoto, con una evolución tórpida y con mala respuesta al tratamiento inmunomodulador con metilprednisolona, prednisolona, plasmaferesis e inmunoglobulina y aziatropina, que presentó deterioro neurológico con aumento de alucinaciones, convulsiones y alteraciones del estado de conciencia prolongadas con estupor o somnolencia de hasta 20 horas al día. Con el tratamiento de rituximab, tratamiento (sic) que se decidió iniciar después de varias juntas médicas entre neurología pediátrica y reumatología y con soporte de bibliografía médica para su uso (...) se ha logrado mejoría del paciente.”**

Además, si bien la parte demandada argumenta en su favor que el medicamento no fue autorizado por el Comité Técnico Científico, no puede perderse de vista que la jurisprudencia constitucional ha considerado que dicho concepto no es un requisito indispensable para que el medicamento requerido por el usuario se otorgue por vía de tutela, salvo que se fundamente en conceptos médicos de especialistas y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, con igual apoyo en la historia clínica, lo cual en modo alguno se satisface en el asunto bajo estudio, donde los médicos tratantes exponen el sustento de su decisión.

**-El nuevo medicamento no está en etapa experimental.**

**-La actora no puede costear el servicio médico o el medicamento ni acceder a ellos por otro plan distinto** pues afirma en la demanda que *“somos una familia de escasos recursos económicos, no tenemos dinero para pagar de nuestro propio peculio estos procedimientos de costos tan elevados.”*

Tal negación no fue controvertida por **CAPITAL SALUD EPS-S**, quien no probó lo contrario. Ni siquiera se pronunció al respecto, cuando está llamada a tener en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados o beneficiarios, lo que le otorga aptitud plena para controvertir fundadamente las aseveraciones referentes a la incapacidad económica alegada, de manera que su pasividad frente a ello conlleva a que tal negación sea tenida como prueba suficiente<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Sentencia T-970 de 2008.

Al efecto, entre los criterios de valoración probatoria en materia de salud, la sentencia T-760 de 2008 se refiere a la negación indefinida como forma a partir de la cual el juez puede determinar si un usuario tiene o no capacidad económica.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 del Decreto 2591 de 1991, la negación indefinida es prueba suficiente de la falta de capacidad cuando la contra parte no se pronuncia en contrario. Esta es una garantía que caracteriza la informalidad de la acción de tutela, toda vez que no se exigen como en otras jurisdicciones pruebas concretas para demostrar la vulneración de un derecho. Y,

**-El medicamento fue ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo está solicitando.**

Las notas de la junta médica de neuropediatría y la historia clínica del menor dan cuenta del tratamiento y el medicamento ordenado por los médicos tratantes adscritos a **CAPITAL SALUD EPS-S**.

Además del cumplimiento de los anteriores requisitos, cabe poner de presente que al menor ya se le habían administrado las tres primeras dosis de las cuatro prescritas durante el término de un mes. La historia clínica da cuenta de su mejoría. Por tanto la interrupción ocasionada resulta contraria al principio de continuidad del tratamiento médico.

En efecto, en el documento que contiene las indicaciones médicas de la IPS Fundación Hospital de la Misericordia, donde ha permanecido hospitalizado, se deja en claro que la decisión de tratarlo con el medicamento rituximab se adoptó después de la realización de varias juntas médicas interdisciplinarias por neurología pediátrica, pediatría y reumatología pediátrica, y con fundamento en soportada bibliografía médica para su uso.

A folio 11 del expediente obra fotocopia de dicho documento donde los Doctores Andrés Naranjo y Laura Guio afirman: *"...Ya con anterioridad se ha entregado soporte científico con los artículos en donde se explica el tratamiento para las encefalitis autoinmunes como la que tiene el paciente y la evidencia existente de este tratamiento..."*.

Ello revela que sus médicos tratantes, con el criterio del conocimiento científico que también les asiste, valoraron la situación y determinaron la idoneidad del medicamento para el caso del menor, en el que ninguno de los otros fármacos y/o

tratamientos previstos en el POS habían dado resultado. Esto no desconoce la función, igualmente técnica científica del INVIMA en la expedición del registro sanitario de los medicamentos, ni significa que el juez constitucional esté contravirtiendo la idoneidad de los tratamientos, sino que está cumpliendo con sus funciones de garante de derechos fundamentales previo cumplimiento de los requisitos excepcionales previstos en la jurisprudencia constitucional para ello, como se ha dejado expuesto.

En casos similares al presente, incluso relacionados con el mismo medicamento, el Consejo de Estado ha proferido fallos de tutela dispensando la protección de los derechos fundamentales de los pacientes.

Entre otros, cabe citar la sentencia dictada por la Sección Primera el 5 de febrero de 2015<sup>9</sup>, dentro de la acción de tutela 2014-03287-00, en la que concedió el amparo de los derechos fundamentales de la actora y ordenó a la EPS suministrarle el medicamento RITUXIMAB INY 500 MG/50 y garantizarle el acceso a los servicios en salud que se deriven del tratamiento de su patología de esclerosis múltiple. El suministro de dicho medicamento prescrito por su médico tratante le fue negado por carecer de registro INVIMA para la patología de la usuaria.

De igual forma, la Sección Segunda, Subsección "A", mediante sentencia proferida el 10 de diciembre de 2014<sup>10</sup>, dentro de la acción de tutela 2014-02956-00, amparó los derechos fundamentales de la actora y ordenó a la EPS suministrarle el medicamento RITUXIMAB en la dosis prescrita por su médico tratante y prestarle la efectiva atención integral, habilitando la opción de recobro ante el FOSYGA. El suministro del medicamento le fue negado por carecer de registro INVIMA para su patología.

**De la solicitud de tratamiento integral.** Al respecto resulta pertinente recordar lo siguiente:

El servicio de salud debe prestarse en condiciones de integralidad. Ello equivale a que a los usuarios del sistema obtengan una atención con calidad, oportunidad y eficacia en las fases previas, durante y posteriores a la recuperación del estado de salud. Por tanto, tendrán derecho a la atención preventiva, médico quirúrgica y a los medicamentos esenciales que ofrezca el Plan Obligatorio de Salud o, en su

---

<sup>9</sup> Consejera Ponente Dra. María Elizabeth García González.

<sup>10</sup> Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón.

defecto, a lo previsto fuera del mismo siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional para ello, antes reiterados.

La finalidad del principio de atención integral es que las personas afectadas por la falta del servicio en salud, obtengan continuidad en la prestación del mismo y así evitarles el hecho de acudir reiteradamente a la acción de tutela para lograr la materialización de cada servicio que le fuere prescrito con ocasión de una misma patología y le sean negados.

La jurisprudencia constitucional ha determinado el alcance de dicho principio así:

“(…) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes diagnósticos y seguimiento de tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud-SGSSS – deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento.”<sup>11</sup>

Con todo, sin perjuicio de la amplitud propia de dicho principio la misma jurisprudencia ha advertido que el servicio prestado debe comprender todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el restablecimiento de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida. El médico tratante debe haber determinado cuáles son específicamente las prestaciones que se requieren. En caso de que ello no ocurra, al momento de ordenar la atención integral el juez constitucional debe hacerlas determinables, a partir de criterios razonables tales como la limitación a una patología en particular, por ejemplo.<sup>12</sup>

Empero, tratándose de sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados, indígenas, reclusos, entre otros) y de personas

---

<sup>11</sup> Sentencias T-079 de 2000, T-133 de 2001, T-122 de 2001, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-1059 de 2006, T-830 de 2006, T-062 de 2006, T-T-760 de 2008, T-053 de 2009, T-574 de 2010 entre otras.

<sup>12</sup> T-365 de 2009.



que padezcan de enfermedades catastróficas, se debe brindar la atención en salud con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas del plan obligatorio de salud.<sup>13</sup>

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el menor **HAROLD SAMUEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, tiene derecho a ser atendido integralmente a fin de obtener la rehabilitación de su estado físico y mental, -más aún por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional-, la Sala avala la garantía impartida por el a-quo a obtener un tratamiento integral, compuesto por los servicios, procedimientos, tratamientos y medicamentos que requiera para la recuperación integral de su salud, previstos en el POS y excluidos del mismo, siempre y cuando sean ordenados por el médico tratante adscrito a dicha EPS-S.

En cuanto a la solicitud de **CAPITAL SALUD EPS-S** para que se le ordene el recobro de los servicios NO POS-S prestados al menor, cabe tener pendiente lo que al respecto ha dejado sentado la Corte Constitucional así:

“...teniendo claridad sobre la obligación subsidiaria del Estado, para asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, esta Corte ha considerado que el reembolso de las sumas causadas en razón a la financiación de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.<sup>14</sup>

La asignación al FOSYGA de los pagos de servicios no POS en el Régimen Contributivo, se explica en razón a que, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 (arts. 202 y sig.), la administración de dicho régimen corresponde a las EPS por delegación que le hace el fondo, el cual, a través de la subcuenta independiente denominada “*De compensación interna del régimen contributivo*”, es el depositario de todos los recursos llamados a financiar el aludido régimen. Por su parte, la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios no POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) y 715 de 2001 (art. 43), las cuales, además de atribuirle a “*las Direcciones Locales, Distritales y Departamentales de Salud*” y a “*los Fondos Seccionales, Distritales y Locales de Salud*”, la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado.

---

<sup>13</sup> T-006 de 2007 y T-589 de 2009.

<sup>14</sup> Al respecto puede observarse la Sentencia T – 438 de 2009 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Dicha posición fue reiterada en la Sentencia T-760 de 2008, en la que se afirmó que *“los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.”*<sup>15</sup>

De igual manera es pertinente mencionar, que en la actualidad la potestad para ejercer el recobro por parte de las EPS, aparece regulado en la Ley 1122 de 2007 y en las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, las cuales definen los criterios y condiciones que deben presentarse para poder ejercer a cabalidad dicha figura.

Por lo tanto, puede concluirse, que corresponde al Estado garantizar con recursos propios la prestación del servicio de salud, cuando la persona que requiere del mismo, no tiene la capacidad económica para sufragar su costo; además se ha reiterado que la EPS es la llamada a prestar el servicio de salud, teniendo la facultad de ejercer el derecho de recobro ante las entidades territoriales correspondientes tratándose de servicios no POS, dentro del régimen subsidiado de salud.”

En consecuencia, **CAPITAL SALUD EPS-S** tiene derecho a repetir con cargo al Fondo Financiero de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá para recuperar los gastos en que incurra y que legalmente no le corresponda asumir.

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

#### **F A L L A:**

**PRIMERO: ADICIÓNASE** la providencia impugnada, esto es la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2014 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, así: **DECLARAR** que **CAPITAL SALUD EPS-S** tiene derecho a repetir con cargo al Fondo Financiero de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá para recuperar los gastos en que incurra y que legalmente no le corresponda asumir.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás aspectos la sentencia impugnada.

---

<sup>15</sup> Con respecto a este tema, el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, indica que *“sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...) 43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. || 43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.”*

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO    MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**  
**Presidenta**

**GUILLERMO VARGAS AYALA    MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**