

Sentencia T-413/06

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

PROCESO DE TUTELA ANTERIOR-Reemplazo de medicamento genérico por uno comercial autorizado por el médico tratante de la EPS por causar efectos nocivos a la paciente

PROCESO DE TUTELA ANTERIOR-No existe un nuevo problema constitucional que haga necesaria una nueva Acción de Tutela/PROCESO DE TUTELA ANTERIOR-Se requiere hacer cumplir el fallo por el juez de primera instancia

Queda claramente establecido que no existe un nuevo problema constitucional que deba resolverse mediante una nueva acción de tutela, sino que, en la medida en que Sanitas no ha hecho efectiva la orden de amparo impartida por el Juez (el suministro del medicamento en las condiciones establecidas por el médico tratante), lo procedente es acudir ante el mencionado juez para que adopte las medidas de cumplimiento que permitan proteger real y efectivamente el derecho a la salud de la demandante. Tal como se ha sostenido por la jurisprudencia, le corresponde al juez de primera instancia realizar las actuaciones correspondientes para que la orden proferida en la sentencia de tutela sea cumplida a cabalidad, de forma que se proteja el derecho fundamental que está en peligro o que se está vulnerando

ACCION DE TUTELA-Juez de primera instancia debe tomar las medidas necesarias para el cumplimiento del fallo

Es claro que un evento de cumplimiento inadecuado o insuficiente de la orden del juez de tutela no es procedente iniciar un nuevo proceso de tutela, máxime cuando la ejecución de la orden protección se extiende en el tiempo, mediante prestaciones periódicas, que daría lugar

a sucesivos proceso de amparo, cada vez que el accionado incumpla lo ordenado por la providencia, sino que, en su lugar, se debe acudir ante el juez que conoció de la tutela, para que, tome las medidas necesarias para el íntegro y eficaz cumplimiento de su fallo y, si es del caso, sancione al responsable de la indebida ejecución del mismo.

Referencia: expediente T-1270829

Accionante: Carmen Rosa Rincón de Rodríguez

Demandado: E.P.S. SANITAS S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil seis (2006)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cincuenta y Siete Penal Municipal de la ciudad de Bogotá, a partir de la acción de amparo constitucional promovida por Carmen Rosa Rincón de Rodríguez contra la E.P.S. SANITAS S.A.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La solicitud

La accionante Carmen Rosa Rincón de Rodríguez interpuso acción de tutela para que le fueran protegidos los derechos fundamentales a la vida, la salud y a la seguridad social que -según afirma- fueron vulnerados por la E.P.S. SANITAS S.A., a raíz de la negativa a suministrarle el medicamento adecuado para su enfermedad.

#### 2. Reseña Fáctica

2.1 Mediante Sentencia de tutela del 25 de abril de 2005, el Juez 58 Penal Municipal ordenó a Sanitas que autorizara y suministrara la medicina -Alendronato Sódico- que la señora Carmen Rosa Rincón requería para su enfermedad de osteoporosis, en los términos prescritos por el médico tratante<sup>1</sup>.

2.2 En cumplimiento del anterior fallo, Sanitas dispuso que se le suministrara a la señora Rincón el medicamento Armol tabletas 70 Mg., cuyo componente activo es Alendronato Sódico<sup>2</sup>.

2.3 En el mes de agosto de 2005, a la accionante le fue sustituido el medicamento Armol por otro denominado Eucalen, cuyo componente activo también es Alendronato Sódico. Este nuevo medicamento, según manifestó la actora, le produjo consecuencias negativas tales como visión borrosa, náuseas e inflamación de las piernas, efectos colaterales que desaparecieron cuando al siguiente mes la EPS le volvió a suministrar el medicamento Armol.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2.5 La accionante asistió a consulta médica el 6 de diciembre de 2005, en la que un especialista en medicina familiar de la E.P.S. Sanitas se refirió a los efectos negativos producidos por el medicamento EUCALEN, y manifestó que “A pesar de que ambos medicamentos tienen la misma sustancia activa, recomendando el uso de Armol para evitar los efectos secundarios indeseables por parte de la paciente”<sup>3</sup>.

### 3. Consideraciones de la parte actora

Considera la actora que la negativa de la E.P.S. Sanitas a suministrar el medicamento recomendado por su médico tratante, y la insistencia en proporcionar aquel que le causa efectos colaterales indeseados vulnera su derecho a la salud en conexidad con la vida digna, en la medida en que, al carecer de recursos económicos, no puede sufragar por su cuenta el medicamento que, de acuerdo con su médico tratante, es el adecuado para atender su

condición de salud.

#### 4. Pretensiones de la demandante

Solicita la peticionaria que se le ordene a la E.P.S. Sanitas S.A. autorizar el suministro del medicamento Armol Tablet 70 Mg. (Alendronato Sódico) y demás tratamientos, procedimientos y servicios médicos necesarios para el cuidado de su salud.

#### 5. Respuesta del ente accionado

La E.P.S. Sanitas manifestó:

5.1 Que no es procedente la acción de tutela en el presente caso, ya que, conforme a la Resolución 3797 de 2004 expedida por el Ministerio de la Protección Social, la demandante debió acudir primero al Comité Técnico Científico de la entidad, para que éste decidiera sobre el suministro del medicamento.

5.2 Que en el proceso no está demostrada la falta de capacidad de pago de la actora para acceder al medicamento Armol, y que hasta tanto ello no ocurra, no puede ser beneficiaria de mecanismos creados para la población más necesitada.

5.3 Que en el evento en que el juez acceda a las pretensiones de la accionante, se ordene al FOSYGA el reembolso del valor del medicamento a la E.P.S. Sanitas.

5.4 Que no es procedente la pretensión de la demandante en lo referente a que se le presten en abstracto todos los servicios médicos para su enfermedad, toda vez que el proceso de tutela se refiere exclusivamente al suministro del medicamento Alendronato “pues no existe evidencia alguna que demuestre que EPS SANITAS haya negado el cubrimiento económico de otros servicios requeridos por la afiliada”<sup>4</sup>

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

### 1. Sentencia de Instancia

En fallo del veintisiete de diciembre de 2005, el Juzgado Cincuenta y Siete Penal Municipal de Bogotá, determinó que el presente caso había sido resuelto previamente en sede de tutela por el Juzgado 58 Penal Municipal, y que en esa medida, por tratarse de las mismas partes y las mismas pretensiones, no era procedente resolver sobre la cuestión examinada.

En consecuencia, el juez de tutela negó el amparo, pues lo procedente es que la accionante acuda al incidente de desacato ante el juez que anteriormente había concedido la protección para que se le haga efectiva la misma.

Ninguna de las partes impugnó esta decisión.

## III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

## 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Consideración Previa

En el presente caso se tiene que en un proceso de tutela anterior se concedió a la accionante el amparo para el suministro del medicamento necesario para el tratamiento de la enfermedad que la aqueja. Por consiguiente, antes de proseguir con el estudio de la presente acción de tutela, es necesario definir si los efectos adversos que en la actora ocasiona el medicamento suministrado por la EPS, constituyen un hecho nuevo, a partir del cual se puede presentar una nueva solicitud de amparo, o si por el contrario, ese hecho se encuentra en el ámbito de lo resuelto en la acción de tutela inicialmente presentada, caso en el cual correspondería acudir ante el juez que otorgó el amparo inicial para que éste tome las medidas necesarias para hacer efectiva su orden.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3.1 En proceso de tutela anterior al que ahora se analiza, la demandante invocó la protección de su derecho a la salud, el cual estimaba se vulneraba con la negativa de Sanitas a suministrarle un medicamento adecuado para atener su enfermedad de osteoporosis, y que la EPS no le proporcionaba por no estar incluido en el POS.

3.2 El Juez 58 Penal Municipal de Bogotá en providencia del 25 de abril de 2005 decidió otorgar la protección invocada. El fallador determinó que la falta del medicamento amenazaba el derecho a la salud en conexidad con la vida de la accionante, y que en ese sentido, a pesar de que no estuviese incluido en el POS, se le debía proporcionar el medicamento Alendronato Sódico 70 Mg., “ (...) en los términos proscritos por su médico tratante (...)”<sup>5</sup>.

3.3 En el mencionado fallo el juez hizo un estudio completo del derecho a la salud invocado por la actora, para señalar que, a pesar de que la medicina no estuviese incluida en el POS, la EPS no se exime de seguir las recomendaciones del médico tratante, quien por encima de las argumentaciones sin fundamentación científica del Comité Técnico de la entidad, es la persona encargada de definir las condiciones de salud del paciente y establecer los medicamentos necesarios para el adecuado tratamiento de la enfermedad. En este sentido el juez expuso que: “Es menester recordar que en términos de medicamentos, el suministro de los mismos por parte de la EPS , debe ser en los términos del médico tratante, teniendo en cuenta que basta que se conserve el principio activo y concentración establecidos en el listado del Acuerdo 228 de 2002 y 282 de 2004, sin importar la denominación que tenga el mismo en el mercado con tal que corresponda al ordenado bajo los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente.”<sup>6</sup> (Negrilla fuera del texto).

En consecuencia el juez manifestó que, debido al carácter degenerativo de la enfermedad de la actora, la negativa de Sanitas de proporcionarle el medicamento por estar excluido del POS atentaba contra su derecho a la salud en conexidad con la vida y ponía en riesgo su integridad física, razón por la cual debía suministrársele el compuesto Alendronato Sódico “(...) en los términos prescritos al (sic) accionante por su medico (sic) tratante adscrito a la red prestadora de servicios de la accionada (...)”.<sup>7</sup>

3.4 La orden impartida por el juez se orientó a conceder una protección efectiva al derecho invocado, de tal forma que, no obstante que en el fallo no se especificó la marca del medicamento que se debía proporcionar, es claro que la finalidad del mismo era aliviar las condiciones de salud de la accionante con el suministro de la medicina que el médico tratante<sup>8</sup> considerase adecuada para las condiciones específicas de la paciente.

Si bien es cierto que la jurisprudencia ha establecido que el paciente no puede exigir el suministro de un medicamento determinado cuando existan varios que tienen la misma función y efectividad<sup>9</sup>, cabe también anotar que esa efectividad está determinada, en el caso en concreto, por el médico tratante, quien es la persona capacitada y conocedora de las condiciones del paciente y quien puede determinar cual es la medicina más conveniente en el tratamiento. Ha dicho la Corte que el "...fundamento de esta regla es que el médico tratante es un profesional con formación científica médica, que adicionalmente tiene conocimiento específico del caso del paciente, y por tal razón, tiene elementos científicos precisos para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio médico determinado"<sup>10</sup>.

Respecto a la distinción entre medicamentos genéricos y comerciales, esta Corporación ha establecido que para que una EPS pueda reemplazar un medicamento comercial por uno genérico se deben preservar los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente<sup>11</sup>. Por lo tanto, si un medicamento genérico no garantiza las mismas condiciones de idoneidad en el tratamiento del paciente que aquel de carácter comercial, no podrá la EPS ignorar las recomendaciones del médico tratante, y sustituir un medicamento comercial efectivo por uno de carácter genérico que resulta inadecuado.

4. Ahora bien, para el caso que nos ocupa, la idoneidad del medicamento que se le debe suministrar a la accionante fue establecida por el médico tratante, especialista en medicina familiar, adscrito a la E.P.S. Sanitas, quien refiriéndose a los efectos secundarios causados por el medicamento proporcionado a la actora, en la fórmula médica del 6 de diciembre de 2005 manifestó que "a pesar de que ambos medicamentos tienen la misma sustancia activa,

recomiendo el uso de Armol para evitar los efectos secundarios indeseables por parte de la paciente”<sup>12</sup>,

Si bien es cierto que el juez en su providencia no especificó una marca determinada del medicamento que se debía suministrar a la accionante, no puede entenderse que Sanitas cumple el mandato judicial con el suministro de una medicina que, a pesar de contener el mismo ingrediente activo, no es la adecuada para el tratamiento de la enfermedad de la actora y que el médico tratante ha recomendado cambiar debido a los efectos secundarios negativos causados en la demandante.

5. En este contexto, queda claramente establecido que no existe un nuevo problema constitucional que deba resolverse mediante una nueva acción de tutela, sino que, en la medida en que Sanitas no ha hecho efectiva la orden de amparo impartida por el Juez 58 Penal Municipal (el suministro del Alendronato Sódico en las condiciones establecidas por el médico tratante), lo procedente es acudir ante el mencionado juez para que adopte las medidas de cumplimiento que permitan proteger real y efectivamente el derecho a la salud de la demandante.

Tal como se ha sostenido por la jurisprudencia, le corresponde al juez de primera instancia realizar las actuaciones correspondientes para que la orden proferida en la sentencia de tutela sea cumplida a cabalidad, de forma que se proteja el derecho fundamental que está en peligro o que se está vulnerando<sup>13</sup>. En estos términos, ante un eventual incumplimiento del fallo de tutela, la ley ha previsto dos mecanismos a cargo del juez de primera instancia: Por un lado, el trámite de cumplimiento, el cual encuentra fundamento en los artículos 23 y 27 del Decreto 2591 de 1991 y que permite al juez realizar las gestiones necesarias para que su orden sea obedecida, adoptando, cuando ello sea necesario, las medidas complementarias que sean del caso, y por otro lado, el incidente de desacato, con el que, según el artículo 52 *Ibíd*em, se puede adoptar medidas de carácter sancionatorio.<sup>14</sup>

Lo anterior quiere decir que, cuando el fallo de tutela consiste en amparar el derecho invocado, la competencia del juez no se agota con la expedición de la providencia, ya que al fallador le corresponde realizar los actos posteriores de verificación y exigencia del cumplimiento de la orden impartida<sup>15</sup>. Ahora bien, cuando se ha constatado que el fallo de tutela se ha incumplido (entendiendo por tal incumplimiento, cuando se hace parcialmente o cuando no se cumple adecuadamente, de manera que no se protege efectivamente el derecho fundamental) le corresponde al juez de primera instancia indicar la forma determinada como su orden debe cumplirse, es decir, no basta con instar al responsable para que cumpla, pues su facultad se concreta precisando las actividades que se deben realizar y las medidas que se deben adoptar para que el amparo se realice materialmente.

El juez de primera instancia debe asumir una posición activa en su condición de garante de los derechos fundamentales, de tal forma que, ante el incumplimiento de la orden de tutela, debe hacer uso de las prerrogativas conferidas por la ley para que su orden sea cumplida satisfactoriamente. Esto se logra en el caso en concreto a través de la fijación de términos perentorios de cumplimiento y la indicación puntual de las medidas que debe desarrollar el responsable.

En razón de lo anterior es claro que un evento de cumplimiento inadecuado o insuficiente de la orden del juez de tutela no es procedente iniciar un nuevo proceso de tutela, máxime cuando la ejecución de la orden protección se extiende en el tiempo, mediante prestaciones periódicas, que daría lugar a sucesivos procesos de amparo, cada vez que el accionado incumpla lo ordenado por la providencia, sino que, en su lugar, se debe acudir ante el juez que conoció de la tutela<sup>16</sup>, para que, tome las medidas necesarias para el íntegro y eficaz cumplimiento de su fallo y, si es del caso, sancione al responsable de la indebida ejecución del mismo.

En consecuencia, en el presente caso, la señora Carmen Rosa Rincón debió acudir ante el juez que le concedió la tutela para solicitar el efectivo cumplimiento del fallo, y no, iniciar una nueva acción de amparo para definir una situación que ya había sido solucionada de fondo y que solo necesitaba ser adecuada a la situación actual.

Por lo tanto, de no haberlo hecho hasta el momento, la accionante debe acudir ante el Juez 58 Penal Municipal para solicitarle que, en los términos de esta sentencia, adopte las medidas de cumplimiento necesarias para que haga efectiva la orden de amparo de su derecho a la salud inicialmente proferida, de tal manera que se le proporcione el medicamento que su enfermedad requiere en las condiciones prescritas por el médico tratante.

#### IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la Sentencia proferida el 27 de diciembre de 2005 por el Juzgado Cincuenta y Siete Penal Municipal de Bogotá, por medio del cual se negó la acción de tutela promovida por Carmen Rosa Rincón de Rodríguez contra la E.P.S. Sanitas S.A., en el entendido que la accionante, si no lo ha hecho ya, debe acudir ante el Juez 58 Penal

Municipal de Bogotá para que adopte las medidas necesarias para hacer efectiva la orden de amparo emitida mediante providencia del 25 de abril de 2005, según la cual debe suministrársele el Alendronato Sódico en los términos prescritos por su médico tratante, de acuerdo con las razones expuestas en la presente providencia.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Véase expediente, Folio 33.

2 Véase expediente, Folio 17.

3 Véase expediente, Folio 18.

4 Véase expediente, Folio 46.

5 Véase expediente, Folio 33.

6 Ver expediente, Folio 27.

7 Ver expediente, Folio 33.

8 La Sentencia T-704 de 2004, definió al médico tratante como aquel “(...)profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente.” .

10 Ver Sentencia T-007 de 2005.

11 Al respecto ver las sentencias T1158 de 2004 y T- 388 de 2003.

12 Ver expediente, Folio 18.

13 Al respecto la Sentencia T-942 de 2000 dice “Lo que es obligatorio para el juez de primera instancia, en cuanto no pierde competencia para ello, es hacer cumplir la orden de tutela.”.

14 Respecto a las diferencias entre el desacato y el cumplimiento de la sentencia de tutela, ver las sentencias T-458 de 2000, T-492 de 2000, T-040 de 1996, T-744 de 2003, T-068 de 1997 y el Auto 114 de 2005.

15 La sentencia T-140 de 2000 indicó: “De igual manera, la Sala reitera que le corresponderá a los jueces de instancia verificar y exigir el estricto cumplimiento de esta sentencia, por lo que aquellos mantienen la competencia hasta tanto el fallo se cumpla en su integridad.”

16 En Sentencia T-040 de 1996 se dispuso: “(...)el juez de primera instancia, que ha adquirido la competencia a prevención, la mantiene a efectos de hacer efectiva la orden de tutela.”.