

Sentencia T-840/11

#### DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

Esta Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por consiguiente, cuando quiera que las instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales.

#### SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS Y SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL POS-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de esta Corte, en aplicación del artículo 4° Superior, ha fijado condiciones fácticas que deben concurrir en cada caso concreto para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud que excluyen determinados medicamentos o procedimientos médicos.

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Su concepto no es requisito indispensable para la entrega de medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de medicamento o inmunoterapia y repetición contra el Fosyga

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de medicamentos bajo denominación comercial y no bajo su denominación genérica, según prescripción del médico tratante

Referencia: expedientes T-3.129.274 y T-3.121.751

Acciones de tutela instauradas separadamente por Heriofanys Cera Sánchez como agente oficiosa de Queile Vanessa Berruezo Cera y Estela Margarita Martínez de Rodríguez contra COOMEVA EPS y NUEVA EPS respectivamente.

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las de los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Barranquilla y en segunda instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla (T-3.129.274); y el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali y en segunda instancia por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (T-3.121.751).

## I. ANTECEDENTES

De acuerdo con las solicitudes de tutela y las pruebas obrantes en los expedientes, los accionantes sustentan sus pretensiones en los siguientes:

### Hechos

#### Expediente T-3.129.274

1. La señora Heriofanys Cera Sánchez, actuando como agente oficiosa de su menor hija Queile Vanessa Berruezo Cera, interpuso acción de tutela contra COOMEVA EPS por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la menor -folio 1-.

1. La menor Queile Vanessa Berruezo Cera se encuentra afiliada al Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud a través de COOMEVA EPS en calidad de beneficiaria -folio 1-.

1. A la menor Queile Vanessa Berruezo Cera se le diagnosticó una patología alérgica: Rinitis Alérgica y Dermatitis Atópica, la cual se presenta con síntomas en la piel eczema y descamación prurito en todo el cuerpo, lo que le ha deformado la espalda generando una ESCOLIOSIS. Esta situación, alega la accionante, le impide llevar una vida digna, pues no puede estudiar como las otras niñas de su edad ni dormir bien -folio 2-.

1. En razón del diagnóstico citado, el médico tratante le ordenó la aplicación del tratamiento de inmunoterapia "INMUNOBRAPIN". Sin embargo, COOMEVA EPS se niega a suministrar dicho tratamiento puesto que no se han agotado los medicamentos, prestaciones y servicios que se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) -folio 1-.

1. Con posterioridad a la sentencia de primera instancia, la accionante aportó una orden en donde el médico tratante manifiesta que la paciente tiene un cuadro clínico que presenta poca o nula respuesta a múltiples tratamientos farmacológicos; que la paciente documenta atopía familiar; y que es necesario, adicional al tratamiento farmacológico, el tratamiento con

inmunoterapia específica para ácaros, que consistiría en vacunas terapéuticas para la alergia -folio 29-.

#### Solicitud de tutela

La tutela interpuesta por la señora Heriofanys Cera Sánchez, como agente oficiosa de la menor Queile Vanessa Berruezo Cera, persigue la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la menor, que considera vulnerados por parte de la entidad demandada al negarle el suministro del tratamiento de inmunoterapia INMUNOBRAPIN. En consecuencia solicita que se le otorgue el tratamiento referido, junto con el tratamiento integral que se necesario para el caso. Adicionalmente requiere, como medida provisional, la entrega y/o aplicación del tratamiento de inmunoterapia INMUNOBRAPIN de forma inmediata, mientras se resuelve la solicitud de amparo de los derechos.

#### Respuesta de COOMEVA EPS

Mediante escrito presentado por apoderado judicial, COOMEVA EPS solicita se deniegue el amparo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por la improcedencia de la acción de tutela. Fundamenta su solicitud con base en los argumentos que se exponen a continuación.

Señala que la Entidad Promotora de Salud COOMEVA EPS le ha garantizado a la menor Queile Vanessa Berruezo Cera los servicios de salud por sus médicos tratantes incluidos en el Plan de Beneficios -folio 14-.

Respecto al tratamiento de inmunoterapia INMUNOBRAPIN, la entidad solicita se declare improcedente puesto que la accionante no ha agotado las alternativas contenidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Más aún cuando dicho tratamiento se sometió a estudio del Comité Técnico Científico y éste decidió NO APROBAR la solicitud por falta de agotamiento de las alternativas del POS -folio 14-.

Concluye COOMEVA EPS señalando que se le ha brindado a la menor un tratamiento integral, pues se han prestado los servicios de salud incluidos en el Plan de Beneficios de acuerdo a la patología diagnosticada. Al respecto, sería errado tutelar derechos futuros e inciertos -folio 15-.

#### ACTUACIONES PROCESALES

##### Sentencia de Primera instancia

Mediante sentencia de catorce (14) de abril de 2011 el Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Garantías de Barranquilla decidió declarar improcedente la acción de tutela, por las razones que se exponen a continuación.

No se encuentra prueba alguna en el expediente que indique que la patología diagnosticada a la menor le impida la interacción con los demás individuos, así como tampoco que su desempeño académico se haya visto afectado. Tampoco se encuentra probado que la menor padezca ESCOLIOSIS, mucho menos que ésta sea consecuencia de la alergia que presenta.

Aunado a lo anterior, no obra en el proceso prueba alguna que demuestre que a la menor Queile Vanessa Berruezo se le haya efectuado algún tratamiento de los que habitualmente se ordenan a los pacientes que sufren este tipo de alergias, que justifique la aplicación de un tratamiento fuera del POS.

Con todo lo anterior, el a quo encuentra que no se cumplen a cabalidad los requisitos jurisprudenciales esbozados por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para que el juez de tutela pueda ordenar a una Entidad Promotora de Salud el suministro de un medicamento y/o tratamiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

### Impugnación

La sentencia de primera instancia fue apelada por la accionante, quien refuta la supuesta ausencia de prueba sobre la realización de tratamiento habitual para pacientes que padecen la patología diagnosticada que encuentra el a-quo. Al respecto, señala que el médico tratante prescribió, en orden de 27 de abril de 2011, una vacuna semanal por doce (12) meses de INMUNOTERAPIA específica para ácaros. Además, en resumen clínico, elaborado por el médico tratante de la menor, se recomienda el tratamiento farmacológico de Levocetirizina 5mg gotas, para el manejo y control del cuadro clínico de la paciente.

### Segunda Instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla, mediante sentencia proferida el treinta (30) de mayo de 2011, confirmó la sentencia de primera instancia. La decisión tuvo fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar consideró el a quem que en el expediente no reposa prueba alguna que indique que se hayan agotado otras alternativas medicinales ofrecidas en el Plan Obligatorio de Salud, cuyos resultados no hayan sido satisfactorios y que por ende requiera acudir a tratamientos no incluidos en el POS.

En segundo lugar, trajo a colación los requisitos que deben concurrir para que el juez de tutela considere la viabilidad de ordenar a una EPS el suministro de un medicamento, insumo o tratamiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, los cuales no encuentra cabalmente probados.

Por último, no se encuentran las razones científicas que motiven la aplicación del tratamiento de inmunoterapia INMUNOBRAPIN, así como tampoco se acredita que la vida o integridad física de la menor se encuentre en grave peligro por la no aplicación del tratamiento citado.

Expediente T-3.121.751

### Hechos

1. La señora Estela Martínez de Rodríguez interpuso acción de tutela contra NUEVA EPS por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida.

1. La accionante tiene 79 años de edad y se encuentra afiliada al Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud a través de la NUEVA EPS en calidad de beneficiaria.

1. La señora Estela Martínez de Rodríguez padece, según diagnóstico del médico tratante: ENFERMEDAD CORONARIA MAS PTCA CON STEN MULTIPLES, LDL POR ENCIMA DE METAS E INTOLERANCIA CON LOVASTATINA Y HTA.

1. A partir del diagnóstico citado, y con el fin de evitar complicaciones e incluso la muerte de la paciente, la orden del médico tratante en octubre del año pasado mencionó tanto el nombre genérico, como el comercial de los medicamentos que debía tomar la accionante. Así en la orden se menciona la denominación internacional o genérica de COPIDROGEL y también su nombre comercial PLAVIX -folio 5-; el nombre genérico VALSARTAN, así como su denominación comercial DIOVAN 320 MG -folio 7-; EZETIMIBA/SIMVASTATINA, denominación genérica y VYTORIN 10/20 MG, que corresponde a la denominación comercial -folio 11-; y METOPROLOL SUCCINATO que es la denominación genérica, así como también BETALOC ZOK 100 MG que corresponde a la denominación comercial -folio 9-, los cuales se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS).

1. En febrero 11 de 2011, el mismo médico -que es el que determina el tratamiento de la accionante- prescribió nuevas dosis de dichos medicamentos, pero esta vez mencionando únicamente la denominación comercial de los mismos -folio 13- y haciendo anotación expresa en la fórmula respecto de que “se recomienda medicamento original”.

1. Vía fax se allegaron al proceso órdenes del mismo médico con fecha 28 de julio de 2011, en las que se vuelve a ordenar los mismos medicamentos, esta vez mencionando tanto la denominación genérica, como la denominación comercial -folios 8 a 1, cuaderno de revisión de tutela-.

1. Hasta el momento de la contestación, la EPS se negaba a suministrar los medicamentos reseñados en la fórmula médica en su presentación comercial, razón por la que entregaba los mismos en su versión genérica, por cuanto las fórmulas médicas hasta ese momento presentadas incluían las dos denominaciones -folios 23 y 24-.

Solicitud de tutela

La tutela interpuesta por la señora Estela Martínez de Rodríguez persigue la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante que considera vulnerados por

parte de la entidad demandada al suministrar los medicamentos genéricos y no los expresamente prescritos en la fórmula médica. Por consiguiente solicita que la NUEVA EPS, en aras de garantizar los derechos fundamentales invocados, cubra los medicamentos ordenados por el médico tratante en su versión comercial, tal y como se observa de la mención que hace en su escrito de acción -folio 14-, pues frente a estos la accionante presentó buena tolerancia y mejoría.

#### Respuesta de NUEVA EPS

Mediante escrito presentado por apoderado judicial, NUEVA EPS solicita se deniegue el amparo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por la improcedencia de la acción de tutela.

1. Señala la entidad demandada que no ha negado atención alguna a la accionante, por el contrario, se le ha concedido todo aquello que el médico tratante ha solicitado para el tratamiento de su enfermedad. Sin embargo, la solicitud de la accionante es por medicamentos en presentación comercial.

2. Según la NUEVA EPS, la solicitud del médico tratante fue la entrega de los medicamentos DIOVAN 320 MG, VYTORIN 10/20 MG, PLAVIX 75 MG Y BETALOC ZOK 100 MG, en presentación internacional, y fue así como se radicó la solicitud al Comité Técnico Científico. En ningún momento se puede señalar que el especialista hizo la solicitud en comercial y que se aprobó en genérico. Por consiguiente, la entidad cumplió con el criterio del médico tratante al atender a la entrega de los principios activos descritos. Es el propio especialista quien debe señalar, cuando lo considere pertinente, que los medicamentos deben suministrarse en presentación comercial y no por mera liberalidad del paciente.

1. Aunado a lo anterior, la entidad demandada eleva una petición subsidiaria, consistente en que, en el evento en que se condene en su contra, se repita contra el Ministerio de Protección Social con cargo a la Subcuenta correspondiente del Fondo de Solidad y Garantía - FOSYGA por el 100% del monto de la condena.

#### Respuesta del FOSYGA

1. Mediante escrito presentado por apoderado judicial, el Ministerio de Protección Social con cargo a la Subcuenta correspondiente del Fondo de Solidad y Garantía - FOSYGA solicita se deniegue el amparo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, teniendo en cuenta los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el otorgamiento de medicamentos y/o tratamientos NO POS, además de la valoración de la capacidad económica de la accionante.

1. De forma subsidiaria solicita que, en el evento en que la tutela prospere, se niegue el recobro de la NUEVA EPS ante el FOSYGA y se ordene que el accionante sea atendido en la red pública de salud o en las instituciones públicas o privadas con las cuales la entidad territorial competente tenga contrato.

## ACTUACIONES PROCESALES

### Sentencia de Primera instancia

Mediante sentencia de siete (7) de abril de 2011 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali decidió tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con base en las consideraciones que se resumen a continuación.

La negativa y demora en la autorización de los medicamentos prescritos por el médico tratante repercute en contra de la salud y vida de la accionante, más aún si se pone de presente que se trata de una persona de la tercera edad cuya debilidad es manifiesta.

De las solicitudes individuales de medicamentos, procedimientos y otros servicios fuera del POS que obran en el expediente, se constata que el médico tratante expresamente identificó los medicamentos más convenientes para atender el diagnóstico de la paciente y por tanto, deben ser aquellos los suministrados por la entidad demandada. Una vez el medicamento es prescrito por especialista y se obtiene aprobación por parte del Comité Técnico Científico, su prestación deja de ser indeterminada y pasa a ser un derecho subjetivo fundamental, que cuenta con las condiciones para hacerse exigible de forma inmediata.

Con respecto a la solicitud subsidiaria elevada por NUEVA EPS, consistente en la posibilidad de recobro al FOSYGA del 100% del valor de la posible condena, el a quo ordenó que los costos deberán ser cubiertos por partes iguales entre la EPS y el FOSYGA.

### Impugnación

La sentencia de primera instancia fue apelada por la entidad demandada, la cual reitera que jamás le ha negado ningún servicio a la accionante y que por el contrario, se le ha prestado todos los servicios solicitados sin negligencia alguna.

Según NUEVA EPS, la accionante no presentó ante el Comité Técnico Científico la solicitud del estudio de medicamento NO POS, lo que generó una vulneración a su derecho fundamental al debido proceso.

Concluye señalando que la orden de recobro al FOSYGA del 50% del monto de la condena de la providencia judicial, implica un indebido sometimiento al recobro de la mitad de servicios NO POS futuros e inciertos que pueda requerir la accionante.

### Segunda Instancia

En sentencia de veinticuatro (24) de mayo de 2011 la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar la protección tutelar de los derechos fundamentales invocados por la señora Estela Margarita Martínez de Rodríguez. La decisión tuvo fundamento en las siguientes

consideraciones:

1. No obra en el expediente prueba alguna del formato de negación de suministro de los medicamentos por parte del Comité Técnico Científico, o en su defecto, de prueba que demuestre que efectivamente existió dicha negación. Por el contrario, se constata que a la accionante nunca se le ha negado ni rechazado ningún servicio de salud solicitado, e incluso, en los meses de septiembre y octubre se le autorizaron medicamentos NO POS.

1. Debe la accionante, como primera medida, acreditar que solicitó a la entidad demandada el suministro de los medicamentos prescritos por su médico tratante y que le fueron negados por no ser NO POS. Una vez agotado dicho procedimiento, podrá acudir a la acción de tutela.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.- Esta Corte es competente para revisar los mencionados fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

### Problema jurídico

Para mayor claridad de la presente providencia, los problemas jurídicos serán presentados al resolver cada caso en concreto.

Teniendo en cuenta que los expedientes acumulados tratan sobre solicitud de prestaciones no incluidas en el POS, y con fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) el derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia; (ii) el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; (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 a través del mecanismo de tutela. Reiteración de jurisprudencia, y (iv) la solución a los casos concretos.

### 1. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de Jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y por otro en un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

Al respecto ha dispuesto esta Corte: “El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter

presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”<sup>1</sup>

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación en un principio, entendió que el derecho a la salud no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que “se concretara en una garantía subjetiva”<sup>2</sup> es decir, cuando al ciudadano se le negaba el derecho a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y sus normas complementarias o, cuando en aplicación de la tesis de la conexidad se evidenciaba que su no protección a través del mecanismo de tutela acarrearía a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal.<sup>3</sup>

Y ello se entendió así porque tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos –derechos fundamentales–, por una parte, y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional –derechos de segunda generación– para cuya realización es necesario de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento. Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho –de segunda generación– conllevaba a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental.<sup>4</sup>

Así las cosas, con anterioridad para obtener la protección directa del derecho a la salud era necesario, (i) que la prestación negada se encontrara incluida dentro del Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud o el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado o (ii) que el desconocimiento de ese derecho constitucional impidiera el goce efectivo de un derecho fundamental, como la vida o integridad personal. Con todo, la jurisprudencia de esta Corte, también, señaló que el derecho a la salud era tutelable “en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”<sup>5</sup> en virtud del “principio de igualdad en una sociedad”<sup>6</sup>

Ahora bien, en su afán de proteger y garantizar los derechos constitucionales de todos los habitantes del territorio nacional, la jurisprudencia constitucional replanteó las subreglas mencionadas y precisó el alcance del derecho a la salud. Así, haciendo una relación entre derecho fundamental y dignidad humana llegó a la conclusión de que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”<sup>7</sup> pues, “uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de “dignidad humana”, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona”<sup>8</sup>

Con base en ello, esta Corporación en sus más recientes pronunciamientos consideró

innecesario tener que acudir a la tesis de la “conexidad” para poder darle protección directa al derecho a la salud y estimó que “la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios - económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”<sup>9</sup>

A su vez, también precisó que en el derecho fundamental a la salud “su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud - supuestamente no fundamental - con el derecho a la vida u otro derecho fundamental - supuestamente no prestacional-.”<sup>10</sup>

Y, en sentencia T-760 de 2008 se señaló:

“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”<sup>11</sup>

Por consiguiente, esta Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por consiguiente, cuando quiera que las instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la

posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales<sup>12</sup>.

## 2. El suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud

Si bien es cierto que la consagración legal de un Plan Obligatorio de Salud posee fundamento constitucional y en esa medida justifica la delimitación de las responsabilidades y obligaciones de naturaleza prestacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud en aplicación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social, también lo es que debe haber una debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios, en especial la vida digna, y la salud.

En esas condiciones, es claro que hay una tensión entre la determinación constitucional de exclusión de ciertas prestaciones a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, en aras de garantizar la asistencia de un servicio eficaz y eficiente<sup>13</sup> y, la efectiva protección de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio, especialmente el de la vida e integridad física, habida cuenta la condición de inmunidad que los cobija, conforme al artículo 5° constitucional y, el expreso fin estatal de garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución por el artículo 2° de la misma.<sup>14</sup>

Con base en estos presupuestos, la jurisprudencia de esta Corte, en aplicación del artículo 4° Superior, ha fijado condiciones fácticas que deben concurrir en cada caso concreto para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud que excluyen determinados medicamentos o procedimientos médicos.

Así las cosas, para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud el juez de tutela debe verificar:

1. “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

1. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

1. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

1. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” 15

3. El concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado a través del mecanismo de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El Comité Técnico Científico es un órgano administrativo de la E.P.S. encargado de asegurar que las actuaciones y procedimientos de la entidad se adecuen a las formas preestablecidas y de garantizar el goce efectivo del servicio de salud de los afiliados.16

La Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, en los artículos 1º y 2º, manifiesta que los Comités Técnicos Científico son instancias administrativas de las E.P.S., conformadas por un representante de la misma, un representante de la I.P.S. y, un representante de los usuarios, de quienes al menos uno debe ser médico, y cuya función es:

“(…) atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud”.17

En relación con la función de estos comités frente a la autorización de medicamentos no POS la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito para el suministro de los mismos. En sentencia T-1063 de 2005 esta Corporación señaló lo siguiente:

“cuando un médico tratante de una EPS formula a uno de sus pacientes un medicamento no previsto en el POS, de conformidad con el artículo 8º del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, la EPS podrá autorizarlo previa aprobación por su comité técnico-científico.

Con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición – puesto que no todos sus miembros son médicos – y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que (i) que su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.18

Sobra aclarar que estos comités sólo emiten conceptos en relación con la provisión de medicamentos no incluidos en el POS, y no sobre otros servicios también excluidos.”

Por su parte la Sentencia T-324 de 200819, dijo:

“no es dable al Juez de tutela negar la protección respecto de los derechos fundamentales reclamados basándose en que el accionante no agotó el trámite administrativo (consultar al Comité Técnico Científico) con el fin de obtener la autorización de la entrega de medicamentos excluidos del POS, tal razón no será atendida por la Corte para negar la tutela”20.

Para esta Corporación el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para que el medicamento o procedimiento requerido por un afiliado en instancia de tutela sea reconocido.

En ese sentido esta Corporación, en sentencia T-298 de 2008, precisó lo siguiente:

i) Que atendiendo la naturaleza administrativa del Comité Técnico Científico su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un paciente le sea otorgado. En efecto, “el requisito de agotar el trámite frente al Comité Técnico Científico no es una prioridad frente a la necesidad del suministro del medicamento o atención en salud que el cotizante o beneficiario requiere, pues esta Corte ha señalado que es suficiente con el concepto emitido por el médico tratante para acceder a lo pedido pues es éste quien tiene los conocimientos médicos calificados y conoce la situación concreta del paciente y por tanto tiene la capacidad de determinar cuál medicamento o procedimiento es más beneficioso para el usuario.”<sup>22</sup> En este sentido la Corte ha considerado que dada la naturaleza del Comité “no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas”.<sup>23</sup>

ii) Que el Comité Técnico Científico no puede considerarse como una instancia más entre los usuarios y las Entidades Promotoras de Salud<sup>24</sup> “por tanto, éstas no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de un trámite interno de la entidad.

iii) Que conforme a la regulación vigente (Resolución 2933 de 2006, artículo 7), el trámite ante el Comité Técnico Científico es competencia del médico tratante adscrito a la EPS y no es una gestión que le corresponda adelantar por cuenta propia al paciente.<sup>25</sup>

iv) Que el acudir al Comité Técnico Científico “no es un requisito para la procedencia de la acción de tutela que se haya acudido a los anteriores Comités Técnico Científicos solicitando un medicamento excluido del P.O.S., por lo cual no es jurídicamente admisible negar el amparo de derechos fundamentales con el argumento de no haber acudido de manera previa al Comité en cuestión.”<sup>26</sup> En consecuencia se ha entendido que “los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional.”<sup>27</sup>

Una vez expuesto lo anterior procede esta Sala a dar solución a los casos objeto de estudio.

#### 4 Caso concreto

##### Expediente T-3129274

La Sala estudia el caso de la menor Queile Vanessa Burruezo Cera, la cual padece una alergia atópica que le afecta el área de la espalda y los brazos. Para la cura de dicha patología el médico tratante de la niña prescribe un procedimiento de inmunoterapia, consistente en la aplicación de inyecciones que contienen pequeñas cantidades del agente alérgico, durante un tiempo prolongado, de manera que el organismo se adapte a la presencia del agente y deje de rechazarlo. De esta forma se terminaría la reacción alérgica que presenta la menor

Queile Vanessa.

La EPS Coomeva presentó respuesta dentro del proceso de tutela en la que manifestó haber sometido el concepto del médico tratante a consideración del área médica de dicha institución. En el concepto se rechazó el tratamiento con inmunoterapia por cuanto “la inmunoterapia en general no es la primera línea considerada como tratamiento. La mayoría de pacientes con rinitis persistente o intermitente leve pueden ser controlados con una combinación de medicamentos y evitar el uso de inmunoterapia” -folio 14-. Con base en este concepto, consideraron como opción más adecuada agotar los todos los recursos del POS y los tratamientos farmacológicos NO POS -folios 14 y 15-.

Por otra parte, el tratamiento con inmunoterapia fue sometido a consideración del Comité Técnico Científico, que no aprobó su realización por no haberse agotado antes las medidas de los tratamientos NO POS.

Así, el problema jurídico que surge en el presente caso consiste en establecer si la negativa de conceder las vacunas de INMUNOBRAPIN por parte de COOMEVA EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de la menor Queile Vanesa Berruezo Cera.

Aprecia la Sala que las opiniones científicas aportadas al proceso coinciden en la pertinencia de combatir la alergia atópica de la menor Queile Vanessa con un tratamiento que tenga un componente farmacológico. La discrepancia se presenta en la pertinencia de adicionar a dicho tratamiento las vacunas terapéuticas para la alergia, es decir, en la implementación de la inmunoterapia.

Al respecto, sea lo primero manifestar que, de acuerdo con el criterio del médico tratante de la menor Queile Vanessa, las vacunas de INMUNOBRAPIN resultan complemento indispensable en el tratamiento de la afección alérgica que sufre la menor. De acuerdo con la orden médica aportada al expediente “[a]demás del tratamiento farmacológico se recomienda Inmunoterapia Específica para Ácaros, estas son vacunas terapéuticas para la alergia, que ayudan a manejar y controlar el cuadro clínico del paciente ya que éstas están hechas de una proteína activa de estos alérgenos que causan la sensibilidad las cuales se suministran en dosis semanales por cinco meses más o menos después de cada quince días por más o menos un año, todo depende de la situación del paciente.//El hecho de que el paciente no reciba este tratamiento, no le va a causar la muerte pero sí empeorará su cuadro clínico” -folio 29. De manera que en el caso objeto de estudio el tratamiento prescrito resulta indispensable para garantizar el derecho fundamental a la salud de la menor -artículo 44 de la Constitución-.

Aunque se ha manifestado con anterioridad, se reitera que este tratamiento fue prescrito por el médico tratante de la menor, quien está adscrito a Coomeva EPS, tal y como manifiesta la accionante -folio 2- y no desmiente la accionada<sup>28</sup>. Así, y no obstante la EPS accionada haya sometido a un “área médica” -folio 14- la orden del médico tratante, estos pareceres no desvirtúan dicha opinión, en cuanto no se menciona que la misma haya sido fruto de la evaluación de la historia clínica de la menor Queile Vanessa<sup>29</sup> y, por consiguiente, no es específica para el caso que ahora se estudia. Contrario sensu, en cuanto ha estado estudiando de tiempo atrás el caso de la menor, es el médico tratante el que mejor conoce la afección que padece y quien tiene la posición más autorizada para determinar el tratamiento

a seguir en este caso específico. Adicionalmente, el parecer del médico tratante se encuentra respaldado por el resultado obtenido a partir de pruebas diagnósticas realizadas a la menor, con base en las cuales se logró diagnosticar el problema que presenta Queile Vanessa y se determinó el plan médico a seguir -folio 29-. Y, finalmente, el dictamen dado por el médico tratante nunca se califica como absurdo o carente de razón alguna, por lo que no existen motivos suficientes para preferir un concepto diferente.

Otro elemento a considerar es que las vacunas terapéuticas cuya realización se ordenó son un medicamento que no se encuentra en el POS. Así lo reconoce la EPS al argumentar que por esta razón la aprobación del tratamiento se sometió al criterio del Comité Técnico Científico -folio 15-.

Sin embargo, el médico tratante al valorar la eficacia de los procedimientos farmacológicos seguidos, tanto los POS como aquellos que están por fuera del plan, manifiesta que “[s]u cuadro clínico [el de la menor] tiene poca y/o nula respuesta a múltiples tratamientos farmacológicos. La paciente documenta atopia familiar” -folio 29; negrilla ausente en documento original-. De manera que se cuenta dentro del expediente prueba, no sólo de que procedimientos que están en el POS no tendrían la misma efectividad, sino que, incluso, procedimientos farmacológicos no incluidos en el POS resultarían a lo sumo parcialmente eficaces para hacer frente a la afección de la hija de la accionante.

Finalmente, la madre de la menor manifiesta que no cuenta con los ingresos suficientes para adquirir de manera constante el medicamento prescrito, manifestación que no se desvirtúa por parte de Coomeva EPS. Igualmente, aunque la accionada manifiesta que la menor Queile Vanesa figura como beneficiaria de una persona afiliada en régimen contributivo, no aporta información sobre la relación con la/el afiliada(o), ni sobre el ingreso que figura en su afiliación.

Siendo estos los elementos de juicio aportados en el presente caso, concluye la Sala que la Coomeva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud de la menor Queile Vanessa Berruezo Cera al no brindarle el medicamento Inmunobrapin o la inmunoterapia específica para ácaros -folio 30-, en las condiciones especificadas en la orden médica que figura a folio 30, razón por la cual la Sala ordenará su reconocimiento.

Igualmente, se autorizará para que Coomeva EPS recobre al FOSYGA el costo del tratamiento ahora autorizado, esto por cuanto, no obstante haberse obligado la EPS vía sentencia de tutela, la entidad presentó oportunamente el concepto del médico tratante y la opinión de su área médica a consideración del Comité Técnico Científico, de manera que cumplió con los requerimientos establecidos en la jurisprudencia de tutela, impidiendo que se configurara la hipótesis prevista en el literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007.

Respecto de la solicitud de “tratamiento integral” para la menor, considera la Sala que de la acción presentada, así como de los elementos de prueba allegados al expediente, no se cumplen los fundamentos necesarios para que la misma sea concedida, por cuanto:

i. No existe orden médica que así lo prescriba;

ii. No se deduce la necesidad del mismo de ninguna de las opiniones de los médicos que participaron en el proceso;

iii. No se evidencia afectación alguna al derecho a la salud que, en este caso en concreto, haga necesario que la Sala profiera orden en ese sentido.

Por esta razón no se reconocerá el amparo respecto de la solicitud de tratamiento integral.

Expediente T-3121751

La señora Estela Margarita Martínez de Rodríguez cuenta con 79 años de edad y se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria a la Nueva EPS. Desde hace algún tiempo la accionante padece enfermedades cardiacas tales como: enfermedad coronaria más PTCA con STEN múltiples y cifras tensionales elevadas, entre otras.

Indica la accionante no haber presentado mejoría con el uso de medicamentos incluidos en el POS, razón por la cual se inició tratamiento con medicamentos originales (no genéricos) no incluidos en el POS, a los cuales presentó buena tolerancia y mejoría, por lo que solicita sea este tipo de medicamentos los que le sean entregados por parte de la EPS.

La entidad accionada dice haber reconocido los medicamentos No POS en su versión genérica, por lo que afirma que ha cumplido con el servicio que debe brindar, ya que ha reconocido lo ordenado por el especialista -folio 24-; sin embargo, esto no satisface a la accionante que solicita la versión comercial de los mismos, algo que se comprueba en el escrito de tutela, en el que se especifica el nombre comercial de los medicamentos que se solicitan -folio 14-; adicionalmente, la entidad en escrito de contestación presentado el 6 de abril del año en curso afirma que a esa fecha no se ha radicado ante el Comité Técnico Científico solicitud distinta a la de octubre de 2010, no obstante en el expediente obra orden médica expedida por el médico tratante de fecha 11 de febrero de 2011.

Expuesto lo anterior, el problema jurídico que se presenta ante la Sala consiste en determinar:

i. Si la exigencia de presentar solicitud de los medicamentos NO POS ante el Comité Técnico Científico de la EPS, en cuanto es una obligación en cabeza de los médicos adscritos a ésta, implica vulneración del derecho fundamental a la salud de la accionante.

ii. Si deben serle reconocidos vía tutela los medicamentos NO POS, ordenados por el médico tratante que se encuentra adscrito a la EPS y, en caso de ser afirmativa la respuesta, si éstos deben entregarse en la versión genérica o en la versión comercial.

Exigencia de solicitud al Comité Técnico Científico

A fin de resolver el primer problema jurídico planteado, es del caso recordar que atendiendo a la naturaleza administrativa del Comité Técnico Científico, la solicitud de un determinado

medicamento a la entidad demanda para que este sea aprobado por el CTC no resulta indispensable para que el mismo le sea otorgado a un paciente. Al respecto se señaló:

“el requisito de agotar el trámite frente al Comité Técnico Científico no es una prioridad frente a la necesidad del suministro del medicamento o atención en salud que el cotizante o beneficiario requiere, pues esta Corte ha señalado que es suficiente con el concepto emitido por el médico tratante para acceder a lo pedido pues es éste quien tiene los conocimientos médicos calificados y conoce la situación concreta del paciente y por tanto tiene la capacidad de determinar cuál medicamento o procedimiento es más beneficioso para el usuario.”<sup>30</sup> En este sentido la Corte ha considerado que dada la naturaleza del Comité “no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas”.<sup>31</sup>

Al respecto es importante señalar que la orden de los medicamentos solicitados en el escrito de tutela, fue emitida por el médico tratante de la señora Martínez de Rodríguez, Dr. Hugo Duque Romero,<sup>32</sup> el cual se encuentra adscrito a la EPS demandada, como bien lo reconoce esta última en su escrito de contestación a la solicitud de amparo<sup>33</sup>.

Así mismo se indicó que conforme a la regulación vigente (Resolución 2933 de 2006, artículo 7), el trámite ante el Comité Técnico Científico es competencia del médico tratante adscrito a la EPS y no es una gestión que le corresponda adelantar por cuenta propia al paciente, lo que se constituye en razón suficiente para concluir que, si bien en este caso no se presentó solicitud a la Nueva EPS a fin de obtener los medicamentos prescritos, la petición de los mismos correspondía al médico tratante y no a la accionante, no siendo acorde con la protección del derecho fundamental a la salud el que la accionante sufra las consecuencias negativas que acarrea la falta de diligencia del galeno.

Ahora, no es difícil demostrar que en este caso los medicamentos son indispensables para tratamiento de la accionante, pues en ocasiones anteriores, como bien se encuentra acreditado en el expediente, se había autorizado lo que hoy se pide vía tutela, con la única diferencia de que en aquellas ocasiones se presentó formato diligenciado por el médico tratante -folios 5 a 12-.

Una vez sentado lo anterior, y teniendo en cuenta que los medicamentos solicitados no se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud, procede la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos señalados por esta Corporación para el suministro de los mismo.

#### Entrega de medicamentos NO POS prescritos por el médico tratante

En cuanto la accionante manifiesta que la EPS dejó de entregarle los medicamentos prescritos y la EPS sostiene que los ha entregado en su versión genérica, más no en su versión comercial, resulta preceptivo para la Sala pronunciarse sobre el derecho que tiene la accionante a que le sean suministrados los medicamentos prescritos por su médico y si en el presente caso éstos pueden reclamarse vía tutela. De ser así, se definirá cuáles son los medicamentos -comerciales o genéricos- que deben serle entregados.

Para dar respuesta a este asunto, en primer lugar, se debe comprobar que la ausencia del fármaco o procedimiento médico conlleve la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o porque

se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

Sobre este punto, encuentra la Sala que la accionante manifiesta padecer enfermedades coronarias, las cuales deben ser tratadas con los medicamentos solicitados. Lo anterior, es corroborado por el médico tratante según consta en análisis obrante a folio 3 del expediente.

En segundo lugar, como fundamento para formular los medicamentos que ahora se solicitan por parte de la accionante, el médico tratante indicó en los distintos diagnósticos que, después de realizado el cateterismo la accionante presentó descompensación HTA sin respuesta a medicamentos del POS34 . Es decir se encuentra acreditado dentro del expediente, que los medicamentos incluidos dentro del POS no son efectivos para tratar la afección cardíaca de la accionante y, por consiguiente, no suplen a los excluidos del POS con el nivel de efectividad necesario para garantizar el derecho a la salud de la señora Estela Margarita Martínez.

En tercer lugar, se debe verificar que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algún empleador. Sobre este punto, indicó la parte actora no contar con los recursos económicos para costear los medicamentos requeridos, los cuales ascienden a la suma de \$800.000 mensuales, según manifestación realizada por la accionante en el escrito de tutela -folio 14-, afirmación ésta que se presume cierta, pues la misma no fue desvirtuada por la entidad demandada en su escrito de contestación. Aunque la EPS menciona que la accionante es beneficiaria de su hija y que ésta se encuentra afiliada al régimen contributivo con un salario mensual de cuatro millones doscientos mil pesos (\$4.200.000), no se debe perder de vista que el pago de unos medicamentos cuya suma asciende a \$800.000 mensuales constituye una carga excesiva en cabeza de la hija de accionante que la tiene afiliada a la seguridad social.

Finalmente, en relación con el requisito que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud, se señalo de manera precedente el cumplimiento del mismo.

Por lo anterior, al acreditar la señora Estela Margarita Martínez de Rodríguez las exigencias requeridas por esta Corporación para acceder a los medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, concluye esta Sala que la accionante tiene derecho a recibir dichos medicamentos.

Observa la Sala que en el formato de solicitud de medicamentos NO POS presentada por el médico tratante en octubre 27 de 2010, se anotó el nombre tanto el nombre genérico, como el nombre comercial de los mismos; en las fórmulas médicas de febrero 11 del presente año se anotó únicamente el nombre comercial de los medicamentos, manifestando expresamente la recomendación de que los mismos se entregaran en versión original -entiende la Sala versión comercial-; y, finalmente, en las órdenes médicas de fecha 28 de julio de 2011, el médico tratante vuelve a prescribir los medicamentos en sus dos versiones:

la genérica y la comercial.

Ante esta situación debe aplicarse la regla general establecida en el artículo 7º de la resolución 3099 de 2008, en el sentido que los medicamentos NO POS deberán ser prescritos en su denominación común internacional -versión genérica- y será esta versión la que estará obligada a concederse por parte de la EPS.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el médico tratante es el que mejor conoce la historia clínica del paciente; por tanto quien mejor puede valorar la eficacia que unos u otros medicamentos tienen en el tratamiento de la enfermedad; y, en consecuencia, quien está en mejor posibilidad para determinar el plan médico que resulta más adecuado seguir, concluye la Sala que la salvaguarda del contenido del derecho fundamental a la salud obliga a entender que la EPS debe brindar los medicamentos en su versión comercial cuando así lo determine el profesional que mejor conoce el caso, es decir, el médico tratante. Para esto, deberá justificarse la necesidad de que el medicamento sea entregado en esta presentación, en los términos del artículo 4º de la resolución 4377 de 2010.

Para el caso que ahora nos ocupa, y atendiendo a la existencia de órdenes que prescriben los mismos medicamentos en su versión genérica y comercial, así como otras que prescriben esos mismos medicamentos únicamente en su versión comercial, se ordenará que se suministren a la paciente los medicamentos en la versión indicada por el médico tratante, incluso si ésta es la versión comercial, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para estos casos por la resolución 4377 de 2010.

Es esta la forma en que se garantiza de manera sustancial, y no meramente formal, el derecho a la salud de la accionante.

En consecuencia:

i. Se reitera que la EPS no puede argumentar la no solicitud de un medicamento NO POS al Comité Técnico Científico, como excusa para negar o dilatar la entrega de los medicamentos prescritos a la señora Estela Margarita Martínez de Rodríguez, pues esta es una obligación en cabeza del médico adscrito a la EPS que lo prescribe.

ii. El médico tratante, en cuanto es el que mejor conoce la afección y los requerimientos de la accionante en el tratamiento de su enfermedad coronaria, es quien determina la necesidad de prescribir medicamentos NO POS en su versión comercial.

Con base en las razones expuestas, procederá esta Sala en la parte resolutive a revocar la decisión proferida por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que negó la protección de los derechos fundamentales de la accionante. En su lugar, se ordenará el suministro de los medicamentos excluidos del POS de conformidad con las órdenes emitidas por el médico tratante.

### III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Expediente T-3129274

Primero.- REVOCAR por las razones anteriormente expuestas la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla, por medio de la cual se negó la presente acción de tutela.

Segundo.- ORDENAR a Coomeva EPS que suministre a la menor Queile Vanessa Berruezo Cera el tratamiento con Inmunobrapin o la inmunoterapia específica para ácaros, en la cantidad y durante el tiempo que se indica en la orden médica de fecha 27 de abril de 2011, proferida por el médico tratante -obrante a folio 30-, o en las condiciones en que éste indique en el futuro.

Tercero.- NEGAR la solicitud de tratamiento integral en servicio de salud para la menor.

Cuarto.- ORDENAR que la Coomeva EPS recobre al FOSYGA los costos en que incurra en cumplimiento de la orden dada en el numeral segundo de esta sentencia.

Expediente T-3121751

Quinto.- REVOCAR la decisión proferida por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que negó la protección de los derechos fundamentales de la accionante.y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la señora Stella Martínez de Rodríguez.

Sexto.- ORDENAR el suministro de los medicamentos ordenados por el médico tratante en la versión en que dicho profesional de la salud lo indique, incluso si éstos son prescritos en su versión comercial.

Séptimo.- PREVENIR a Nueva EPS para que no niegue o dilate la entrega de medicamentos ordenados por el médico tratante de la señora Estela Margarita Martínez de Rodríguez argumentando la ausencia de solicitud de los mismos al Comité Técnico Científico.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Corte Constitucional. Sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

3 Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992.

4 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

5 Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-736 de 2004.

12 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-523 de 2007.

13 Regido por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad en el que es ineludible sacrificar ciertas necesidades de segundo orden para poder atender un mayor volumen de aquellas del primer orden con los aportes que llegan al Sistema pues, de lo contrario, los aportes hechos al Régimen Contributivo y extendidos al Subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-236 de 1998.

14 Cfr. Corte Constitucional Sentencias T-1007 de 2003 y T-130 de 2007.

15 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, Sentencia SU-819 de 1999, Sentencia T-237/03 Y T-324-08.

16 Sentencia T-741 de 2008

17 Resolución 5061 de 1997, artículo 2

18 Ver las sentencias T-344 de 2002 y T-053 de 2004 entre otras.

20 Sentencia T-071 de 2006.

21 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-936 de 2006, T-227 de 2006, T-616 de 2004 y T-053 de 2004.

22 Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 2007

23 Corte Constitucional. Sentencia T-053 de 2004

24 Corte Constitucional. Sentencias T-344 de 2002 y T-053 de 2004 entre otras.

25 Corte Constitucional. Sentencia T-1164 de 2005

26 Corte Constitucional. Sentencia T-306 de 2006

27 Corte Constitucional. Sentencia T-1063 de 2005. En el mismo sentido en la Sentencia T-071 de 2006 la Corte señaló que: “cuando el Juez de Tutela niegue la protección respecto de los derechos fundamentales reclamados basándose en que el accionante no agotó el trámite administrativo (consultar al Comité Técnico Científico) con el fin de obtener la autorización de la entrega de medicamentos excluidos del POS, tal razón no será atendida por la Corte para negar la tutela.”

28 Condición que, además, puede comprobarse en el directorio de especialistas prestadores de servicios de salud en Coomeva para la ciudad de Barranquilla. Esta información se encuentra en el link [http://sna2.comeva.com.co/pls/saludmp/directorio.evaluate\\_acceso?P\\_CIUDAD=%25&P\\_ESPECIALIDAD=%25&P\\_PRESTATARIO=alejand](http://sna2.comeva.com.co/pls/saludmp/directorio.evaluate_acceso?P_CIUDAD=%25&P_ESPECIALIDAD=%25&P_PRESTATARIO=alejand), información consultada el día 27 de octubre de 2011.

29 Exigencia que acoge las exigencias que para estos casos han sido previstas en la jurisprudencia de tutela de esta Corte. Por todas, sentencia T-760 de 2008.

30 Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 2007

31 Corte Constitucional. Sentencia T-053 de 2004

32 Folio 3, Cuaderno 1.

33 Folio 23 y ss, Cuaderno 1.

34 Folio 3, cuaderno 1