

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos en su versión comercial o genérica

Las entidades responsables de la prestación de servicios de salud están facultadas para suministrar medicamentos en su presentación comercial o genérica. Sin embargo, los cambios que realicen en este sentido, deben ser decididos por el médico tratante del paciente -o en su defecto por el Comité Técnico Científico de la entidad-, de conformidad con lo dispuesto para el efecto en el artículo 4 del Acuerdo expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y en el criterio jurisprudencial de esta Corporación al respecto. Aunque para efectos de este fallo no quedó probado que el medicamento haya sido ordenado al accionante por su médico tratante adscrito al Instituto de Seguros Sociales EPS, esta Sala juzga necesario recordar a esta Entidad que su facultad para suministrar al accionante medicamentos en su presentación comercial o genérica, no es absoluta. En efecto, de conformidad con lo dispuesto para el efecto en el artículo 4 del Acuerdo expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y en el criterio jurisprudencial de esta Corte al respecto, el Instituto de Seguros Sociales EPS deberá tener en cuenta que la decisión respecto del suministro al actor de medicamentos en su presentación genérica en lugar de su versión comercial, debe ser tomada por su médico tratante, o en su defecto por el Comité Técnico Científico de la entidad en el evento en que con base en dictámenes médicos de especialistas y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del Sr. Puerto Guío éste considere lo contrario. Así las cosas, si el médico tratante del accionante ordena que éste debe recibir el suministro del medicamento, el Instituto de Seguros Sociales EPS -está en la obligación constitucional de otorgarlo. En todo caso, el médico tratante del accionante, así como el Comité Técnico Científico del Instituto, deberán efectuar el cambio del medicamento requerido, con base en los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el actor.

DERECHO A LA SALUD-Caso en que el demandante aunque tiene una pensión, de ésta se deriva no sólo su sustento sino el de su familia

Si se considera que (i) el medicamento solicitado a través de la presente acción tiene un costo mensual de \$160.000 pesos; (ii) que dicho medicamento fue suministrado al actor durante cuatro años y que por tanto es admisible presumir que éste requiere de su continuo

suministro; (iii) que el accionante percibe una pensión mensual de \$1.517.000 pesos, de la cual deriva no sólo su sustento, sino también el de su núcleo familiar; y, (iv) que la Entidad accionada no desvirtuó esta afirmación en el sentido de probar que la mesada pensional indicada no constituye el único ingreso económico con el que cuenta el accionante y su familia; esta Sala juzga que en efecto, admitir que el peticionario tiene los recursos económicos para sufragar periódicamente el costo del medicamento, implicaría aceptar que el actor ponga en peligro su derecho fundamental al mínimo vital.

DERECHO A LA SALUD-No está probado que el medicamento fue ordenado por médico tratante de la EPS

Si se tiene que (i) no existe prueba en el expediente de tutela de que el medicamento fue ordenado al actor por su médico tratante adscrito al Instituto de Seguros Sociales EPS; (ii) que la Entidad accionada controvertió lo indicado en el escrito de tutela en el sentido de sostener que su personal médico no ha ordenado el medicamento en comento; y, (iii) que la médica especialista quien afirmó que dicho medicamento es más efectivo que el medicamento, no es la médica tratante del actor adscrita a la Entidad accionada, para esta Sala el requisito jurisprudencial referido no se encuentra cumplido.

Referencia: expediente T-1710805

Acción de tutela instaurada por Mario César Puerto Guío contra el Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, DC., ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama – Boyacá y la Sala Única del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo – Boyacá, que resolvieron la acción de tutela promovida por Mario César Puerto Guío contra el Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá.

I. ANTECEDENTES

El día 10 de mayo de 2007, Mario César Puerto Guío interpuso acción de tutela ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama – Boyacá contra el Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Fundamentó su acción en los siguientes:

1. Hechos:

1.1 El accionante indica que tiene 65 años de edad y que se encuentra afiliado al Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá en calidad de pensionado desde el día 30 de junio del año 2000.

1.2 Sostiene que desde hace 18 años padece de Diabetes, razón por la cual debe recibir “[D]os veces al día el suministro de insulina, de cuarenta unidades, de veinticinco a las 6 de la mañana y de quince a las 6 de la tarde.” En este orden, indica que igualmente padece de “[P]roblemas de visión, gastritis crónica atrófica, colesterol y triglicéridos altos y problemas lumbares serios.”

1.3 Señala que como consecuencia de su enfermedad, y dado que hace cinco años padece hipertensión, su médico tratante adscrito al Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá, le ordenó el suministro de una cápsula diaria del medicamento Adalat Oros 30.

1.4 Manifiesta que aunque el Instituto de Seguros Sociales le suministró dicho medicamento durante más de cuatro años, desde hace dos años se niega a hacerlo, pues esta Entidad decidió su reemplazo por el medicamento genérico denominado Nifedipino Retard Genfar 30 Mg, con fundamento en que “[F]unciona exactamente lo mismo.”

1.5 Sostiene que de acuerdo con el concepto emitido por la médica especialista Annia C. Amado, “Se observa mejor respuesta con el Adalat Oros 30, no hay buena respuesta terapéutica por falta de control en cifras tensionales.”

1.6 Afirma que el suministro del medicamento Nifedipino Retard Genfar 30 Mg ha alterado gravemente sus condiciones de vida y salud. Al respecto, precisó: “El Adalat tiene mayor efectividad en mi tensión alta y sobretodo a mi avanzada edad y causa menos efectos secundarios que el genérico por el cual me reemplazaron.”

1.7 Por último, el actor señala que no cuenta con los recursos económicos suficientes para adquirir de manera particular el medicamento Adalat Oros 30, pues éste tiene un costo de “\$80.000 pesos el de 16 unidades y el de 30 unidades \$160.000 pesos.” En tal sentido, agregó: “Por mi avanzada edad y mi enfermedad no me dan trabajo, me encuentro incapacitado para adquirir otro tipo de ingreso económico y para sufragar los altos costos del medicamento porque tengo una familia que sostener y varios hijos desempleados.”

2. Solicitud de tutela

Con fundamento en las consideraciones y hechos descritos anteriormente, Mario César Puerto Guío solicitó que el juez de tutela ordenara al Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá, autorizar el suministro del medicamento Adalat Oros 30 requerido para el mejoramiento de su estado de salud.

3. Trámite de instancia

3.1 La acción de tutela fue tramitada ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama – Boyacá, el cual mediante auto del día 10 de mayo de 2007 ordenó su notificación al Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá.

Respuesta del Instituto de Seguros Sociales – Salud – Seccional Boyacá

3.2 En escrito dirigido el día 16 de mayo de 2006, el Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá, actuando por intermedio de su Gerente (E), Sr. Abel Otálora Niño, solicitó al juez de tutela denegar el amparo invocado.

Para sustentar su solicitud, en primer lugar, la Entidad accionada afirmó que a diferencia de

lo sostenido por el actor en su escrito de tutela, el medicamento Adalat Oros 30 no fue ordenado por un médico adscrito a esta Entidad. Sobre el particular, la Entidad explicó: “No existe formulación médica que soporte el requerimiento del Sr. Puerto. Lo que él refiere en los hechos es una anotación no reciente realizada en algún documento que no fue allegado al ISS; y de requerirse por parte del especialista tratante, debe ser transcrita a una fórmula médica como corresponde,”.

En segundo lugar, el Instituto de Seguros Sociales indicó que no es cierto que el Sr. Puerto Guío no cuente con los recursos económicos necesarios para sufragar de manera particular el costo del medicamento exigido a través de la presente acción, pues recibe una pensión de jubilación por parte de esta Entidad por un valor de \$1.517.000 pesos mensuales.

Finalmente, la Entidad accionada precisó que el medicamento suministrado al actor para el tratamiento de la hipertensión, Nifedipino Retard Genfar 30 Mg, cumple con las exigencia de calidad que para el efecto establece el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

4.1 Folio 10, cuaderno 2, copia del concepto emitido el día 11 de septiembre de 2006 por la médica especialista Annia C. Amado, adscrita al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, mediante el cual indica con relación al estado de salud del Sr. Mario César Puerto Guío lo siguiente: “I. Información de la reacción: No hay buena respuesta terapéutica por falta de control en cifras tensionales. II. Información sobre el medicamento sospechoso: Nifedipino Retard Genfar 30 Mg. III. Información del productor: Se observa mejor respuesta con el Adalat Oros 30.”

4.2 Folio 12, cuaderno 2, copia de la certificación expedida el día 7 de marzo de 2006 por el Instituto de Seguros Sociales Pensiones - Seccional Boyacá, mediante el cual se indica que el Sr. Mario César Puerto Guío, “[S]e encuentra jubilado por esta Institución desde el 30 de junio de 2000.”

4.3 Folio 15, cuaderno 2, copia del Informe Anatomopatológico rendido el día 31 de julio de 2006 por el Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá, mediante el cual se indica que el paciente Mario César Puerto Guío padece Gastritis crónica antral con metaplasia.

4.4 Folios 16 - 17, cuaderno 2, copia de los resultados de algunos exámenes médicos practicados al paciente Mario César Puerto Guío por el Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá.

II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del día 24 de mayo de 2007, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama - Boyacá negó el amparo invocado.

Para fundamentar su decisión, el juez de tutela consideró que el presente caso no reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para ordenar el suministro de servicios médicos a través de la acción de tutela, toda vez que: (i) El medicamento exigido a través de la presente acción de tutela no "Refleja una necesidad inmediata," pues la solicitud de amparo fue interpuesta para el efecto, dos años después de que la Entidad accionada decidió negar su suministro; (ii) de conformidad con lo expuesto por la Entidad accionada en su escrito de contestación de la acción, dicho medicamento no fue ordenado por un médico adscrito al Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá; y, (iii) en virtud de las pruebas que obran en el expediente de tutela, y con base en los hechos que fundamentan la presente acción, en su criterio, la negativa del Instituto respecto del suministro del medicamento exigido, no pone en riesgo la salud y la vida del actor.

2. Impugnación.

El día 30 de mayo de 2007, Mario César Puerto Guío impugnó la sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama - Boyacá, y solicitó ante el superior que concediera el amparo invocado.

En su impugnación, el Sr. Puerto Guío reiteró los hechos que fundamentan la presente solicitud de amparo. Así mismo, indicó que contrariamente a lo sostenido por el juez de tutela de primera instancia, la negativa del Instituto respecto del suministro del medicamento exigido, si pone en riesgo su salud y su vida.

En tal sentido, el actor indicó que no cuenta con los recursos económicos suficientes para adquirir el medicamento en comento, debido a que él y su núcleo familiar derivan su

sustento de la pensión de jubilación que recibe del Instituto. Al respecto, reiteró que el costo de dicho medicamento es de \$160.000 mensuales.

Adicionalmente, precisó que el juez de instancia se equivocó al estimar que la médica especialista Annia C. Amado, quien determinó que “Se observa mejor respuesta con el Adalat Oros 30, no hay buena respuesta terapéutica por falta de control en cifras tensionales”, no se encuentra adscrita al Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá.

Por último, señaló: “Según el INVIMA este medicamento si está dentro del POS, por ende el Seguro no tiene excusa alguna en no entregarme el medicamento.”

3. Sentencia de segunda instancia.

En sentencia del día 17 de julio de 2007, la Sala Única del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo – Boyacá confirmó la decisión adoptada el día 24 de mayo de 2007 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama – Boyacá.

En su sentencia, el juez de instancia reiteró las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia.

Adicionalmente, explicó que a su juicio, el presente caso no cumple el requisito jurisprudencial según el cual, el suministro de servicios médicos a través de la acción de tutela procede en todos aquellos casos en que el accionante no cuente con los recursos económicos necesarios para sufragar su costo de manera particular. Al respecto, el juez de tutela precisó: “[E]n la contestación de la acción, el ISS manifestó que el accionante goza de una pensión de jubilación por valor de \$1.517.000, lo que equivale a 3.5 salarios mínimos, situación que permite a esta Sala inferir que el actor está en posibilidad económica de sufragar el costo del medicamento que asciende a la suma de \$180.000,”.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 4 de octubre de 2007, esta Sala es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

2. Problema Jurídico

2.1 De acuerdo con los hechos expuestos, en el presente caso corresponde a la Corte Constitucional examinar si de conformidad con los requisitos jurisprudenciales que esta Corporación ha definido para ordenar a través de la acción de tutela la prestación de servicios médicos, la decisión del Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá de negar al Sr. Mario César Puerto Guío el suministro del medicamento Adalat Oros 30, vulnera sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

Finalmente, y con base en lo anterior, ésta Sala determinará si es menester amparar los derechos fundamentales a la salud y vida digna del Sr. Mario César Puerto Guío, presuntamente vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá.

3. Procedencia de la acción de tutela para ordenar el suministro de servicios médicos. Reiteración de jurisprudencia.

3.1 De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.”

3.2 En virtud de la norma constitucional, esta Corporación ha indicado que el derecho a la salud consiste en “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”¹.

3.3 En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental autónomo, en el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental²; y por conexidad, cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana³. Así, como derecho autónomo, y por conexidad, la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo y preferente para garantizar la protección del derecho a la salud.

3.4 Empero, la prosperidad de la acción de tutela para ordenar el suministro de servicios médicos no es automática. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido la necesidad de acreditar ante el juez de tutela el cumplimiento de determinadas condiciones a fin de obtener a través del amparo constitucional, la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida digna. Dichas condiciones pueden ser resumidas así:⁴

(i) Que la falta del medicamento o procedimiento médico exigido amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida digna, la integridad personal o la dignidad humana del accionante.

(ii) Cuando se trata de medicamentos o procedimientos médicos excluido del Plan Obligatorio de Salud, que aquel no pueda ser sustituido por uno que se encuentre previsto en el Plan o que, pudiendo sustituirse, no provea el mismo nivel de efectividad que el excluido de éste, siempre y cuando dicho nivel de efectividad sea indispensable para proteger los derechos fundamentales del accionante.

(iii) Que el accionante no pueda sufragar el costo del medicamento o procedimiento médico exigido sin poner en riesgo su derecho fundamental al mínimo vital, y que no pueda acceder a él por ningún otro medio o sistema.

(iv) Que el medicamento o procedimiento médico requerido sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el accionante, o de la cual éste es beneficiario.

3.5 Ahora bien, con relación al tercer requisito referido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que sólo en los casos en que el juez constitucional logre determinar que dada su situación económica, el paciente no puede sufragar el costo de los servicios médicos solicitados, podrá ordenar su suministro a través de la acción de tutela.⁵

Frente a la prueba sobre la situación económica del accionante, en la sentencia T-310 de 2006, la Corte señaló:⁶

“[L]a Corte Constitucional ha entendido que no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, quien debe adelantar todas las gestiones necesarias para demostrar que tal

capacidad sí existe.⁷

Ahora bien, respecto de las personas afiliadas al SISBEN esta Corporación ha establecido una presunción de incapacidad económica frente a los mismos, por cuanto hacen parte de la población más pobre y vulnerable de Colombia.⁸ (Negrilla fuera del texto original).

3.6 En este orden, esta Corporación ha precisado igualmente que la prosperidad de la acción de tutela dependerá de que el medicamento o procedimiento médico requerido haya sido prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el accionante, o de la cual éste es beneficiario. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante del paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente.⁹

En efecto, en la sentencia T-1007 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, este Tribunal precisó:

“La jurisprudencia constitucional ha considerado que el dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden,¹⁰ así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo.¹¹ De forma similar, la jurisprudencia ha considerado que el concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la EPS: la opinión del profesional de la salud debe ser tenida en cuenta prioritariamente por el juez.¹²

En los casos de confrontación entre el concepto del médico tratante y el Comité Técnico Científico, situación que se presenta en el caso bajo estudio, la jurisprudencia ha seguido la regla general haciendo que prevalezca el concepto del médico sobre el del Comité, como se mostrará más adelante. Sin embargo, es preciso señalar que las razones que justifican que el concepto del médico tratante esté por encima de las consideraciones de funcionarios administrativos de la entidad, no pueden ser las mismas que justifiquen que ocurra lo propio frente al Comité Técnico Científico, pues la situación no es semejante. Mientras que aquellos

son funcionarios administrativos encargados de garantizar el acceso a la salud de los afiliados, para lo cual deben atender los procedimientos y tratamientos ordenados por los médicos tratantes, el Comité Técnico Científico es un órgano de la E.P.S. encargado, entre otras funciones, precisamente de aprobar el suministro de medicamentos excluidos del POS.” (Negrilla fuera del texto original).

3.7 En síntesis, con el propósito de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los pacientes beneficiarios o afiliados a una EPS, previa la verificación del cumplimiento de las condiciones jurisprudenciales señaladas anteriormente, el juez de tutela podrá ordenar su prestación oportuna.

4. Prosperidad de la acción de tutela para ordenar el suministro de un medicamento en su versión comercial o genérica. Reiteración de jurisprudencia.

4.1 Según el artículo 4 del Acuerdo 228 de 2002 “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, “La utilización de las Denominaciones Comunes Internacionales (nombres genéricos) en la prescripción de medicamentos será de carácter obligatorio. Los medicamentos a dispensar deben corresponder al principio activo, forma farmacéutica y concentración prescritos, independientemente de su forma de comercialización (genérico o de marca), siempre y cuando se conserven los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente.” (Negrilla fuera del texto original).

4.2 Con base en lo anterior, se puede concluir que si bien la norma citada dispone la obligación de las entidades responsables de la prestación de servicios de salud, de utilizar en la prescripción de medicamentos su denominación genérica, los medicamentos suministrados, independientemente de si son de marca o genéricos, deben corresponder al principio activo, forma farmacéutica y concentración indicada por el médico tratante, conservando en todo caso los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente.

Al respecto, en la sentencia T-338 de 2003,¹³ este Tribunal manifestó:

“De una lectura atenta del artículo cuarto del acuerdo mencionado, se entiende ciertamente

que en toda prescripción de medicamentos deberá utilizarse la denominación genérica; sin embargo, la ARS está facultada para otorgar el medicamento en cualquier presentación (genérica o comercial) siempre que se cumplan los cuatro criterios fijados por el propio Acuerdo 228 del CNSSS: (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. Criterios estos que obviamente son de competencia del médico tratante (o dado el caso del Comité Técnico Científico de la ARS) quien de acuerdo a su experticio y al conocimiento clínico del paciente, puede determinar la eficacia del medicamento para el control de la patología que trate, y la calidad, seguridad y comodidad de un medicamento en la vida del enfermo.”¹⁴ (Negrilla fuera del texto original).

4.3 En este orden, la jurisprudencia constitucional ha concluido en varias oportunidades,¹⁵ que la decisión del cambio de un medicamento en su presentación comercial por su versión genérica, corresponde exclusivamente al médico tratante, o en su defecto al Comité Técnico Científico de la entidad en los casos en que con base en dictámenes médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, éste considere lo contrario. En ambos casos -ha dicho la Corte-, se deberá determinar si el cambio del medicamento obedece a los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente, dispuestos en el artículo 4 del Acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.¹⁶

4.4 En conclusión, las entidades responsables de la prestación de servicios de salud están facultadas para suministrar medicamentos en su presentación comercial o genérica. Sin embargo, los cambios que realicen en este sentido, deben ser decididos por el médico tratante del paciente -o en su defecto por el Comité Técnico Científico de la entidad-, de conformidad con lo dispuesto para el efecto en el artículo 4 del Acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y en el criterio jurisprudencial de esta Corporación al respecto.

5. Estudio del caso concreto.

5.1 En virtud de los hechos que fundamentan la presente acción de tutela y de las reglas jurisprudenciales expuestas, como pasará a demostrarse, el presente caso no reúne los requisitos jurisprudenciales exigidos por esta Corporación para ordenar al Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá el suministro del medicamento solicitado por el

actor en su escrito de tutela.

5.2 Para resolver el presente caso, en los enunciados normativos de esta Sentencia, la Sala concluyó:

i. Con el propósito de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los pacientes beneficiarios o afiliados a una EPS, previa la verificación del cumplimiento de las condiciones jurisprudenciales definidas por esta Corporación para el efecto, el juez de tutela podrá ordenar su prestación oportuna.

(ii) Las entidades responsables de la prestación de servicios de salud están facultadas para suministrar medicamentos en su presentación comercial o genérica. Sin embargo, los cambios que realicen en este sentido, deben ser decididos por el médico tratante del paciente, o en su defecto por el Comité Técnico Científico de la entidad, de conformidad con lo dispuesto para el efecto en el artículo 4 del Acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y en el criterio jurisprudencial de esta Corte al respecto.

5.3 En este orden, a continuación, esta Sala pasará a demostrar que el presente caso no reúne los requisitos jurisprudenciales exigidos por esta Corporación para ordenar al Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá el suministro del medicamento Adalat Oros 30 solicitado por el actor en su escrito de tutela.

5.3.1 En concordancia con lo indicado en la solicitud de amparo, el Sr. Puerto Guío padece Diabetes desde hace 18 años, razón por la cual debe recibir “[D]os veces al día el suministro de insulina, de cuarenta unidades, de veinticinco a las 6 de la mañana y de quince a las 6 de la tarde.” Así mismo, padece de “[P]roblemas de visión, gastritis crónica atrófica, colesterol y triglicéridos altos y problemas lumbares serios.”¹⁷

Como consecuencia de su enfermedad, y debido a que hace cinco años sufre de hipertensión, según el actor su médico tratante le ordenó el suministro de una cápsula diaria del medicamento Adalat Oros 30. Aunque, adujo el accionante, el Instituto de Seguros Sociales le suministró dicho medicamento durante más de cuatro años, desde hace dos años se niega a

hacerlo pues decidió su reemplazo por el medicamento genérico denominado Nifedipino Retard Genfar 30 Mg.

Sobre el particular, el actor afirmó que el suministro del medicamento Nifedipino Retard Genfar 30 Mg ha alterado gravemente sus condiciones de vida y salud. Al respecto, precisó: “El Adalat tiene mayor efectividad en mi tensión alta y sobretodo a mi avanzada edad y causa menos efectos secundarios que el genérico por el cual me reemplazaron.”

Así pues, dado el delicado estado de salud del accionante provocado por la Diabetes que padece, y la necesidad de controlar sus efectos mediante atención médica oportuna, en principio, para esta Sala es claro que los derechos invocados tienen el carácter de fundamentales, pues la falta de los medicamentos, así como de los servicios médicos que el Sr. Puerto Guío requiere para la recuperación de su estado de salud, vulnera de manera directa sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

Entonces, al parecer, se encuentra cumplido el requisito jurisprudencial según el cual, la prosperidad de la acción de tutela para ordenar el suministro de servicios de salud depende de que la ausencia de estos, ponga en riesgo la salud, vida digna e integridad personal del paciente.

5.3.2 Con relación al requisito jurisprudencial indicado en las consideraciones generales de esta sentencia consistente en la falta de recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los servicios médicos solicitados, esta Sala considera que al parecer, el presente caso satisface dicho requisito.

En el escrito de la acción de tutela, el Sr. Puerto Guío afirmó que no cuenta con los recursos económicos suficientes para adquirir de manera particular el medicamento Adalat Oros 30, pues éste tiene un costo de “\$80.000 pesos el de 16 unidades y el de 30 unidades \$160.000 pesos.” En tal sentido, agregó: “Por mi avanzada edad y mi enfermedad no me dan trabajo, me encuentro incapacitado para adquirir otro tipo de ingreso económico y para sufragar los altos costos del medicamento porque tengo una familia que sostener y varios hijos desempleados.”

Al respecto, en su escrito de contestación de la acción de tutela, la Entidad accionada manifestó que en su criterio, no es cierto que el Sr. Puerto Guío no cuente con los recursos

económicos necesarios para sufragar de manera particular el costo del medicamento exigido a través de la presente acción, pues éste recibe una pensión de jubilación por parte de esta Entidad por un valor de \$1.517.000 pesos mensuales.

Sin embargo, si se considera que (i) el medicamento solicitado a través de la presente acción tiene un costo mensual de \$160.000 pesos; (ii) que dicho medicamento fue suministrado al actor durante cuatro años y que por tanto es admisible presumir que éste requiere de su continuo suministro; (iii) que el accionante percibe una pensión mensual de \$1.517.000 pesos, de la cual deriva no sólo su sustento, sino también el de su núcleo familiar; y, (iv) que la Entidad accionada no desvirtuó esta afirmación en el sentido de probar que la mesada pensional indicada no constituye el único ingreso económico con el que cuenta el accionante y su familia; esta Sala juzga que en efecto, admitir que el Sr. Puerto Guío tiene los recursos económicos para sufragar periódicamente el costo del medicamento Adalat Oros 30, implicaría aceptar que el actor ponga en peligro su derecho fundamental al mínimo vital.

5.3.3 Por último, esta Sala estima que no se encuentra satisfecho el requisito jurisprudencial en virtud del cual, el servicio médico solicitado debe ser prescrito por el médico tratante de la EPS a la cual se encuentre afiliado el actor o de la cual éste sea beneficiario.

De acuerdo con lo indicado por el Sr. Puerto Guío en su escrito de tutela, su médico tratante adscrito al Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá, le ordenó el suministro de una cápsula diaria del medicamento Adalat Oros 30. Al respecto, sostuvo que a pesar de que el Instituto de Seguros Sociales le suministró dicho medicamento durante más de cuatro años, desde hace dos años se niega a hacerlo, pues esta Entidad decidió su reemplazo por el medicamento genérico denominado Nifedipino Retard Genfar 30 Mg. Adicionalmente afirmó que de acuerdo con el concepto emitido por la médica especialista Annia C. Amado, "Se observa mejor respuesta con el Adalat Oros 30, no hay buena respuesta terapéutica por falta de control en cifras tensionales."

Empero, en su escrito de contestación de la presente acción, el Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá afirmó que a diferencia de lo sostenido por el actor, el medicamento Adalat Oros 30 no fue ordenado por un médico adscrito a esta Entidad. Sobre el particular, la Entidad explicó: "No existe formulación médica que soporte el requerimiento del Sr. Puerto. Lo que él refiere en los hechos es una anotación no reciente realizada en algún documento

que no fue allegado al ISS; y de requerirse por parte del especialista tratante, debe ser transcrita a una fórmula médica como corresponde,”.

En este punto, esta Sala debe resaltar que en el expediente de tutela no existe prueba de la cual se pueda inferir que el medicamento Adalat Oros 30, fue formulado al actor por un médico adscrito a la Entidad accionada. Al respecto, resulta necesario señalar que de conformidad con el folio 10 del cuaderno 2 del expediente de tutela, el día 11 de septiembre de 2006, la médica especialista Annia C. Amado, adscrita al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, señaló con relación al estado de salud del Sr. Mario César Puerto Guío lo siguiente: “I. Información de la reacción: No hay buena respuesta terapéutica por falta de control en cifras tensionales. II. Información sobre el medicamento sospechoso: Nifedipino Retard Genfar 30 Mg. III. Información del productor: Se observa mejor respuesta con el Adalat Oros 30.”

Para esta Sala, en aplicación de los enunciados normativos de esta Sentencia, no es suficiente que una médica especialista adscrita al INVIMA haya indicado que el medicamento Nifedipino Retard Genfar 30 Mg no tiene el mismo nivel de efectividad que el medicamento exigido por el actor, pues para efectos de este fallo, el servicio médico solicitado a través de la acción de tutela debe ser ordenado por el médico tratante adscrito a la Entidad accionada, y no por otro.

En efecto, de acuerdo con las consideraciones generales de esta Sentencia, el criterio expuesto por el médico tratante del paciente prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere.

Por consiguiente, si se tiene que (i) no existe prueba en el expediente de tutela de que el medicamento Adalat Oros 30 fue ordenado al actor por su médico tratante adscrito al Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá; (ii) que la Entidad accionada controvertió lo indicado en el escrito de tutela en el sentido de sostener que su personal médico no ha ordenado el medicamento en comento; y, (iii) que la médica especialista quien afirmó que dicho medicamento es más efectivo que el medicamento Nifedipino Retard Genfar 30 Mg, no es la médica tratante del actor adscrita a la Entidad accionada, para esta Sala el requisito jurisprudencial referido no se encuentra cumplido.

5.4 Ahora bien, aunque para efectos de este fallo no quedó probado que el medicamento Adalat Oros 30 haya sido ordenado al accionante por su médico tratante adscrito al Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá, esta Sala juzga necesario recordar a esta Entidad que su facultad para suministrar al Sr. Puerto Guío medicamentos en su presentación comercial o genérica, no es absoluta.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto para el efecto en el artículo 4 del Acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y en el criterio jurisprudencial de esta Corte al respecto, el Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá deberá tener en cuenta que la decisión respecto del suministro al actor de medicamentos en su presentación genérica en lugar de su versión comercial, debe ser tomada por su médico tratante, o en su defecto por el Comité Técnico Científico de la entidad en el evento en que con base en dictámenes médicos de especialistas y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del Sr. Puerto Guío éste considere lo contrario.

Así las cosas, si el médico tratante del Sr. Puerto Guío ordena que éste debe recibir el suministro del medicamento Adalat Oros 30, el Instituto de Seguros Sociales EPS – Seccional Boyacá está en la obligación constitucional de otorgarlo.

En todo caso, el médico tratante del accionante, así como el Comité Técnico Científico del Instituto, deberán efectuar el cambio del medicamento requerido, con base en los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el actor.

5.5 En síntesis, con fundamento en que el presente caso no cumple los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para ordenar a través de la acción de tutela el suministro de servicios médicos, esta Sala confirmará la sentencia proferida el día 17 de julio de 2007 por la Sala Única del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo – Boyacá, que a su vez, confirmó la decisión adoptada el día 24 de mayo de 2007 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama – Boyacá, mediante la cual se negó el amparo invocado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta Sentencia, la decisión adoptada el día diecisiete (17) de julio de 2007 por la Sala Única del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo - Boyacá, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Mario César Puerto Guío contra el Instituto de Seguros Sociales EPS - Seccional Boyacá, mediante la cual se negó el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

Segundo. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T-1218 de 2004. MP. Dr. Jaime Araújo Rentería.

2 Ver las sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998,

3 Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T-913 de 2005, T-805 de 2005, T-372 de 2005,

4 Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias T-419 de 2007, T-411 de 2007, T-298 de 2007, T-869 de 2006, T-846 de 2006, T-710 de 2006, T-499 de 2005, T-412 de 2005, T-306 de 2005, T-1227 de 2004, T-1063 de 2004, T-180 de 2004, T-094 de 2004 y T-928 de 2003.

5 En este sentido, se puede consultar la sentencia T-829 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

6 M.P. Humberto Sierra Porto.

7 Sentencia T-517 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 En dicho sentido, en la sentencia T-908 de 2004, esta Corporación señaló: “Cuando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación.”

9 En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 En la sentencia T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández) se consideró que: “La atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente la orden de tutela que dé el Juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no cumpliera tal determinación médica.”

11 En la sentencia T-665/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se decidió que “(...) la petición del solicitante: [Q]ue cualquier médico lo pueda recetar y se le entregue el medicamento que diga aún quien no es médico tratante, es una solicitud abiertamente contraria al sistema de salud que existe en Colombia. Luego había razón para denegar la

tutela.” Esta decisión ha sido reiterada recientemente en las sentencias T-749/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-256/02 (M.P. Jaime Araujo Rentería); sin embargo, es preciso indicar que en esta última aunque efectivamente se reiteró que a la E.P.S. sólo la obliga el concepto de un médico adscrito a la misma, se decidió que cuando se trate del derecho a la salud de un niño, y el dictamen sobre el cual se haya basado la reclamación haya sido proferido por un médico no adscrito a la E.P.S., ésta debe proceder a determinar si en realidad el menor necesita el medicamento mediante remisión a un médico adscrito a ella, en lugar de negarse a pagar la prestación solicitada por el menor.

12 Ver, entre otras, las sentencias T-666/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-155/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-179/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández).

13 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

14 La Corte resolvió ordenar a la ARS EMSSANAR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, reiniciara el suministro del medicamento DEPAKENE, que bajo prescripción del médico tratante debe tomar el menor (accionante), por el tiempo que el mismo médico señale, salvo que el Comité Técnico Científico de Emssanar, luego de recibir la opinión de dos especialistas en neurología, determinara que la droga VALPROSID tenía exactamente el mismo efecto que el Depakene en el control de la enfermedad que aqueja al menor. Recientemente la sentencia T-806 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se decidió que una menor de edad tiene derecho a recibir el medicamento recetado por su médico tratante, así éste no se encuentre contemplado dentro del POS y sí se encuentre contemplado dentro del POS una versión genérica del mismo (En este caso se resolvió ordenar a la IPS Hospital Rafael Uribe Uribe, el suministro del medicamento Depakene suspensión por todo el tiempo que su médico tratante lo estime necesario).

15 Al respecto, se pueden consultar adicionalmente las sentencias: T-1123 de 2005, T-393 de 2005 y T-1158 de 2004.

16 En este sentido, en la sentencia T-338 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda, la Corte indicó: “En virtud de la protección a los derechos del paciente, los cambios de medicamentos o tratamiento que se desee hacer en un caso específico, deben fundarse en (i) la opinión

científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente.”

17 Cfr. Folios 15 a 17, cuaderno 2.