

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO SÉPTIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Manizales (Caldas), dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

**Sentencia:** 153  
**Proceso:** Acción de Tutela  
**Radicado:** 17001 40 88 007 2021 - 00197  
**Accionante:** **María Leticia Cárdenas Rendón**  
**Accionadas:** **Capital Salud EPS**  
**Vinculados:** **Audifarma, Nueva EPS, Invima, Dra. Laury Esther Vaca Gomez**

### I. OBJETO DE DECISIÓN.

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela interpuesta por la señora **María Leticia Cárdenas Rendón** identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.282.555 contra **Capital Salud EPS**, vinculados **Audifarma, Nueva EPS, Invima, Dra. Laury Esther Vaca Gomez** con el objeto de que se tutelen sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y dignidad humana.

### II. HECHOS.

Refiere la accionante que se encuentra afiliada a Capital Salud EPS, que cuenta en la actualidad con 80 años, que esta diagnosticada con Glaucoma no especificado, que su médico tratante le ordenó el medicamento “BRIMONIDINA TARTRATO + DORZOLAMIDA + TIMOLOL” (KRYTANTEK) en su presentación comercial para el manejo y control de su diagnóstico.

Comenta que la EPS después los trámites administrativos autorizó el medicamento, para ser entregado por medio de la farmacia, pero allí le informan que no pueden entregar “BRIMONIDINA TARTRATO + DORZOLAMIDA + TIMOLOL” (KRYTANTEK), en su presentación comercial, si no XEGREX y que el médico tratante le informa que la EPS como la farmacia no le pueden cambiar el medicamento, por motivo por el cual expresa que su tratamiento se encuentra suspendido de manera indefinida.

Comenta que el GLAUCOMA NO ESPECIFICADO es un diagnóstico complejo que puede ocasionar fallas multisistémicas que solo pueden ser controladas con el uso del medicamento “BRIMONIDINA TARTRATO + DORZOLAMIDA + TIMOLOL” (KRYTANTEK).

Expone que la EPS no le entrega los medicamentos COMERCIALES los que considera indispensables para su tratamiento, que le informan que solamente entregan los medicamentos genéricos por órdenes de tipo administrativo, pero que su tratamiento es urgente y no puede esperar más tiempo sin que la EPS entregue los medicamentos ordenados en la presentación COMERCIAL

Solicitó tutelar las prerrogativas invocadas y que se ordenara a la accionada y a Audifarma, la entrega del medicamento “BRIMONIDINA TARTRATO + DORZOLAMIDA + TIMOLOL” (KRYTANTEK) EN SU PRESENTACION COMERCIAL para poder continuar el tratamiento conforme de su patología así como el suministro del tratamiento integral.

### III. PRUEBAS.

La demandante en tutela, arrió:

- i) Copia de la cedula de ciudadanía
- ii) Copia de la formula medica
- iii) Copia historia clínica

### IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción constitucional fue admitida mediante auto del 9 de diciembre de 2021, imprimiéndole el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991 y se requirió a la accionada, y vinculados que ejercieran su derecho de defensa y contradicción, corriéndoles el traslado de rigor. Se determinó en el transcurso del trámite de la tutela que la accionante se encuentra afiliada a la **Nueva EPS**.

**Capital salud EPS**, se pronunció al respecto y manifestó lo siguiente:

*“Frente a las pretensiones elevadas en el escrito de la acción constitucional, Capital Salud EPS-S NO está legitimada en la presente causa, para referirse a los hechos descritos por el accionante, menos aún para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas, toda vez que Capital Salud EPS-S, como entidad prestadora de servicios de salud, es una persona jurídica totalmente diferente e independiente con autonomía administrativa, financiera, con composiciones societarias diferentes y con responsabilidades distintas de la entidad citada en el escrito de tutela presentado por la accionante.*

*Corolario de lo antes descrito, esta entidad no se encuentra legitimada frente a las pretensiones demandadas en favor de la señora Maria Leticia Cardenas, así mismo, es preciso enfatizar que la llamada a responder por cada uno de los hechos y pretensiones aquí referenciadas es NUEVA EPS, entidad a la cual se encuentra afiliada la accionante.*

*En atención a los hechos y pretensiones visibles en la acción constitucional es importante destacar que la señora Maria Leticia Cardenas NO se encuentra activa ni ha registrado ningún tipo de vínculo en el Sistema General de Seguridad Social a través del régimen subsidiado, operado por CAPITAL SALUD EPS-S, así mismo no existe registro alguno de solicitud de afiliación por parte del accionante.*

**Nueva EPS** , indicó lo siguiente:

*“Respecto del caso concreto, es de indicar señor juez, que en la orden medica no se evidencia que el medicamento que se deba suministrar al accionante sea en su presentación comercial, por lo tanto, es necesario abordar señor juez, lo relativo a la obligación de las empresas promotoras de salud, respecto de la entrega de medicamentos en presentación comercial y no genérica, teniendo en cuenta, que para la dispensación de un medicamento comercial se requiere la justificación del médico tratante, donde se expone claramente el motivo por el cual no se puede suministrar al paciente el medicamento en su presentación genérica.*

*La Corte Constitucional manifestó en el párrafo 6.2.1.1.6. de la sentencia T-760 de 2008 que, de conformidad con la legislación vigente para ese momento, los médicos debían realizar la prescripción de medicamentos bajo la denominación genérica, sin perjuicio que la entidad promotora de salud pueda suministrar la versión comercial.*

*Posteriormente en el año 2013 el Ministerio de Salud y Protección Social nuevamente reguló el tema y señaló que “la prescripción se realizará siempre utilizando la Denominación Común Internacional, exclusivamente. Al paciente se le deberá suministrar cualquiera de los medicamentos (de marca o genéricos), autorizados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, que cumplan las condiciones descritas en este acto administrativo”, con la excepción “En el caso de los medicamentos anticonvulsivantes, anticoagulantes orales y otros de estrecho margen terapéutico definidos de forma periódica por el INVIMA, no deberá cambiarse el producto ni el fabricante una vez iniciado el tratamiento. Si excepcionalmente fuere necesario, se realizará el ajuste de dosificación y régimen de administración con el monitoreo clínico y paraclínico necesarios.”*

*Ahora bien, en Colombia la prescripción médica fue regulada inicialmente a través del Decreto 2200 de 2005 y posterior través de Decreto 780 de 20164 “por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Salud y Protección Social” donde señala que toda prescripción de medicamentos deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello la Denominación Común Internacional (nombre genérico) y cumpliendo los siguientes requisitos: “(...9) Artículo 2.5.3.10.15 Características de la prescripción. Toda prescripción de medicamentos deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello la Denominación Común Internacional (nombre genérico) y cumpliendo los siguientes requisitos:*

Respecto al tratamiento integral expresó:

*“Por su parte, con un tratamiento integral se tutelan hechos futuros e inciertos, exámenes que todavía no se han requerido, o tratamientos o medicamentos que no han sido ordenados. Adicionalmente, con un tratamiento de este tipo se deja de lado que la situación económica, social y de entorno de la Afiliada puede variar, y se desconocerían los lineamientos jurisprudenciales, en el sentido de que únicamente se amparan procedimientos o medicamentos claramente probados que requiere la Afiliada, ordenados por el médico, según la evolución del estado patológico(...)*

*(...)Como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros suministro de todo tratamiento que requiera por los hechos, sería tanto como hablar de tutelar derechos por amenazas futuras e inciertas, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso en la medida en que para el momento en que se genere la orden la EPS ya no tendría la posibilidad de esgrimir nuevos argumentos de defensa o nuevas pruebas que surjan. Finalmente es de agregar, que, respecto de estos servicios futuros e inciertos, no se cuenta con ordenes ni prescripciones médicas”*

Las demás entidades vinculadas no se pronunciaron al respecto a pesar de encontrarse debidamente notificadas como consta en el expediente.

Se obtuvo comunicación telefónica con la hija de la accionante, YANETH CONSTANZA GUZMAN CARDENAS, quien manifestó que la EPS le estaba entregando el medicamento de marca comercial que solicita, pero que hace dos meses, le entregan el medicamento genérico para su señora madre, manifiesta que lo ha venido usando ya que ella es la encargada del cuidado de su mamá y que no ha observado ningún efecto adverso o alguna complicación por el uso del medicamento genérico.

## V. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Juzgado, una vez confrontadas las normas constitucionales, legales y la jurisprudencia de las Altas Cortes, determinar si **Nueva EPS**, vulnera los derechos fundamentales de la señora **María Leticia Cárdenas Rendón** al no entregarle el medicamento “BRIMONIDINA TARTRATO + DORZOLAMIDA + TIMOLOL” (KRYTANTEK) en su presentación comercial, además que solicita el tratamiento integral para la enfermedad que padece.

## VI. CONSIDERACIONES.

### a). Competencia.

Este Juzgado es competente para decidir el presente amparo constitucional por cuanto el constituyente asignó a todos los Jueces de la República la facultad para conocer de las acciones de tutela, además los Decretos 1382 de 2000 y 1983 de 2017, regularon la forma de conocimiento del amparo constitucional contra las entidades del Estado y los particulares, en esa norma se estableció que a los Jueces Municipales les serán repartidas, en primera instancia, aquellas que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital, municipal, departamental o contra entidades privadas.

### b). Procedencia de la acción de tutela.

La tutela es un instrumento jurídico que ha sido concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma dirigida a controlar bien sea las acciones u omisiones de las autoridades públicas o privadas que afectan derechos fundamentales, tiene gran acogida por la gran mayoría de colombianos, por cuanto a través de esta herramienta, de manera ágil y rápida, obtienen respuesta sobre la presunta vulneración o amenaza a la que están expuestos, mecanismo que fue regulado en el artículo 86 de la Constitución Política.

### c). Derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En el presente caso la señora **María Leticia Cárdenas Rendón** acudió a este instrumento legal, porque en su sentir se encuentran amenazados sus derechos fundamentales entre otros a la salud, vida y seguridad social por parte de **la Nueva EPS**, los mencionados derechos tienen un doble carácter, por un lado son servicios públicos a cargo del Estado, sujetos a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, de otro lado, son derechos irrenunciables. Recordemos cómo los definió el constituyente primario:

*“Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.*

*La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley...”*

*“Artículo 49. 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. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.*

*También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.*

*Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.*

*La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria...”*

#### **d). Regulación legal del derecho a la salud.**

Para dilucidar el tema planteado por el accionante, se debe tener en cuenta que tal como lo evidencian los soportes adosados en su escrito, se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud bajo el régimen contributivo por intermedio de la **Nueva EPS**, entidad que tiene como obligación principal garantizar el acceso a los servicios de salud de sus afiliados, bajo los principios de universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad, precisamente aquellos que rigen todo el sistema integral de salud, los cuales tienen regulación especial.

El régimen legal del sistema general de seguridad social en salud tiene un objeto perfectamente definido, el cual responde a las necesidades de la población en general de ser atendidas sus dolencias y enfermedades en condiciones de rápido acceso con garantías de máxima calidad y eficiencia, así lo estipuló el legislador:

*“Artículo 152. Objeto. La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.*

*Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.*

*Las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en salud en los aspectos no cobijados en la presente Ley se regirán por las disposiciones legales vigentes, en especial por la ley 10 de 1990 y la ley 60 de 1993. Las actividades y competencias de salud pública se regirán por las disposiciones vigentes en la materia, especialmente la ley 9 de 1979 y la ley 60 de 1993, excepto la regulación de medicamentos que se regirá por lo dispuesto en la presente Ley”.*

#### **e). Desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud.**

Numerosos son los pronunciamientos que ha emitido nuestro Máximo Tribunal de lo constitucional referente al tema de la salud, al punto que las estadísticas que llevan los órganos de control, (Ministerio Público, Contraloría y Consejo Superior de la Judicatura), han permitido dilucidar que un alto porcentaje de las decisiones judiciales se centran en este aspecto. Ello denota la importancia del mismo por la sensibilidad que él engendra.

En un primer momento la H. Corte Constitucional concedía la protección del derecho a la salud en virtud a la conexidad con derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional, ello obedecía especialmente a la ubicación de la salud dentro del capítulo II de la Carta - *De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales*, y no en el capítulo I - *De los Derechos Fundamentales*-. Esa ubicación *per se* impedía su reconocimiento *prima facie* vía tutela. Sin embargo, en razón de que posiblemente podía verse afectado el derecho a la vida, se acudía a esta vía jurídica para ampararlo. Destaquemos que esa Alta Corporación, a la par, reconocía la autonomía de este derecho sólo cuando el accionante era un menor de edad o el titular del derecho era un sujeto de especial protección constitucional.

En un segundo momento, la Guardiania Constitucional empezó a modificar su jurisprudencia bajo el entendido de que la salud, por su relación y conexión directa con el derecho fundamental a la dignidad humana, tenía autonomía propia, lo anterior por cuanto así lo inspira un Estado Social de Derecho debiendo ostentar tal categoría.

Finalmente, en un tercer escenario, el Tribunal Constitucional, reconoció la *ius fundamentalidad* del derecho a la salud en su ámbito básico, que coincide plenamente con los servicios contemplados en la Carta Política, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia, y los planes obligatorios de salud, para todas las personas en el territorio nacional sin discriminación alguna. Estos postulados tuvieron su máxima expresión en la Sentencia T-760 de 2.008, donde el Alto Tribunal revisó veintidós (22) acciones de tutela, todas ellas relacionadas con este derecho, donde los accionantes reclamaban la protección constitucional, entre otras razones, por la dificultad para acceder de manera oportuna, eficaz y con calidad a los servicios de salud, desconocimiento de las EPS de las órdenes de los médicos tratantes, obstaculización de los servicios de salud por exigencias de pagos previos a los tratamientos, imposición de cargas administrativas a los usuarios que le corresponde asumir a las EPS, negación de las EPS al suministro de medicamentos, pago de estadía y traslado para asumir un tratamiento o intervención en otra ciudad, interrupción en la prestación de los servicios médicos, acceso a servicios no incluidos o excluidos del POS, negación de servicios por falta de pagos, reglas de recobros y un número importante de temas más. Al abordar estos casos la Corte analiza diferentes facetas del derecho a la salud, valorando

sus implicaciones con el objeto de garantizar el goce universal, equitativo y efectivo de esta prerrogativa.

En esa providencia se estableció la obligación general que tienen las EPS y las IPS de garantizar el acceso a los servicios de salud con calidad, eficacia y oportunidad, dentro del principio de integralidad.

#### **f). Reglas de acceso a servicios excluidos del POS.**

La Corte Constitucional en la Sentencia T-719/15, indico:

“7.1. En la sentencia T-760 de 2008 esta Corporación estimó que por regla general la acción de tutela que pretende la autorización de elementos no incluidos o excluidos del POS no debe ser concedida.

Para llegar a tal determinación consideró que si bien el derecho a la salud es amplio no es ilimitado puesto que conllevaría al colapso financiero del sistema de salud por lo que limitarse a las necesidades primordiales de la población. En este sentido, expuso que *“Cabe reiterar que el derecho a la salud no es absoluto, sino limitable. Sin embargo, las limitaciones al derecho deben ser razonables y proporcionales. O sea, que si bien el plan de beneficios no tiene que contener una canasta de servicios infinita, la delimitación de los servicios de salud incluidos debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en un contexto de asignación de recursos a las prioridades de la salud. Por ello, es indispensable justificar cuidadosamente cada supresión de servicios como una medida que permite atender mejor nuevas prioridades de salud, no como una reducción del alcance del derecho.”*

7.2. No obstante, de manera excepcional la protección constitucional procede cuando se pretende la autorización de tratamientos excluidos del POS cuando del mismo depende la vida, la salud o la integridad personal del paciente, que se encuentra en incapacidad económica del interesado y de su núcleo familiar para costearlos. En el fallo reseñado, la Corte anotó que la normatividad del Sistema General de Seguridad Social en Salud no puede anteponerse al goce efectivo de los derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la salud de los afiliados. Por tanto, autorizó el acceso a servicios no incluidos en el POS únicamente cuando se requieren servicios indispensables para conservar la salud, que comprometan la vida digna e integridad personal y el interesado no puede costearlos<sup>[86]</sup>, siempre que en sede judicial se verifique conjuntamente:

*“(i) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;*

*“(ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente;*

*“(iii) Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.*

*“(iv) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garantizada de la prestación está autorizada a cobrar.”*

7.3. Así mismo, determino que *“eximir a una persona con capacidad de pago del deber de pagar los costos razonables del servicio, implica desconocer el principio de solidaridad dado que los recursos escasos del Fosyga terminan asignándose a quien tiene condiciones económicas suficientes en lugar de beneficiar a quienes son pobres o carecen de capacidad económica para asumir el costo de cierto servicio médico”*<sup>1871</sup>.

En relación con la preponderante del deber de solidaridad que asiste a la familia del paciente o de quien requiere un bien o servicio fuera del POS, en razón de que implica una colaboración económica para costearlo cuando el paciente no puede hacerlo por sí mismo, la Corte concluyó que Sentencia T-795 de 2010 que *“la familia tiene obligaciones, tales como colaborar con la atención y cuidado de sus integrantes. Por tanto, en toda situación en la que se encuentre probada la capacidad económica de alguno de los miembros más cercanos al paciente, y en la que a éste le hubieren sido prescritos servicios o medicamentos NO-POS, el Estado no asumirá el costo de los mismos, ya que sus familiares son quienes deben sufragar los gastos virtud del principio de solidaridad. El Estado sólo se abrogará tales prestaciones en los casos en que el afiliado ni sus parientes cuenten con medios económicos para cancelar los servicios requeridos con necesidad”*.

En este sentido, la colaboración de los familiares y de su situación económica se torna en un elemento que debe ser valorado por el juez constitucional previo a ordenar la prestación de servicios excluidos del POS. Para ello, se conceptualizó la noción de cargas soportables según la cual *“debe valorarse por el juez si a pesar de la existencia de recursos, éstos son o no suficientes para ello y para costear las demás obligaciones personales, familiares y económicas del accionante, que hacen parte de su presupuesto y gastos ordinarios, que le proporcionan una vida en condiciones dignas; pues debe evitar que esta situación se afecte por asumir una ‘carga desproporcionada frente al equilibrio familiar’”*<sup>1881</sup>.

#### **g). Medicamentos genéricos o comerciales**

La Corte Constitucional óen la sentencia- 607 de 2013, lo siguiente:

*“ Las Entidades Promotoras de Salud se encuentran autorizadas para ordenar medicamentos genéricos o comerciales, siempre y cuando estos cumplan con los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente, siguiendo el criterio del médico tratante; sin embargo, dicha facultad otorgada por la legislación Colombiana, fue limitada por el Ministerio de Protección Social, quien a través de la Resolución 4377 de 2010 estableció que, los médicos deben formular medicamentos en presentación genérico; y en caso que se prescriban en presentación comercial, deberá acompañarse con su respectiva justificación. Al respecto, la Corte Constitucional ha reitero cuales son los criterios que deben seguir los médicos tratantes para formular un medicamento en presentación comercial y cuáles son los parámetros del Comité Técnico Científico para autorizar su suministro.*

*En Colombia, las Entidades Promotoras de Salud se encuentran autorizadas para ordenar medicamentos genéricos o comerciales, siempre y cuando estos cumplan con los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente, siguiendo el criterio del médico tratante; sin embargo, dicha facultad otorgada por la legislación Colombiana, fue limitada por el Ministerio de Protección Social, quien a través de la Resolución 4377 de 2010 estableció que, los médicos deben formular medicamentos en presentación genérico; y en caso que se prescriban en presentación comercial, deberá acompañarse con su respectiva justificación.*

Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado cuáles son los criterios que deben seguir los médicos tratantes para formular un medicamento en presentación comercial y cuáles son los parámetros del Comité Técnico Científico para autorizar su suministro<sup>21</sup>, estableciendo:

“(i) la determinación de la calidad, la seguridad, la eficacia y comodidad para el paciente en relación con un medicamento corresponde al médico tratante (y eventualmente al comité técnico científico), con base en su experticio y el conocimiento clínico del paciente;

(ii) prevalece la decisión del médico tratante de ordenar un medicamento comercial con base en los criterios señalados (experticio y el conocimiento clínico del paciente), salvo que el Comité Técnico Científico, basado en dictámenes médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere que el medicamento genérico tiene la misma eficacia;

(iii) una EPS., en el régimen contributivo o subsidiado, puede reemplazar un medicamento comercial a un paciente con su versión genérica siempre y cuando se conserven los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. La decisión debe fundarse siempre 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.

Si bien, un medicamento comercial o genérico es un fármaco elaborado con principios activos, que es utilizado para la prevención, curación o rehabilitación de una enfermedad<sup>31</sup>; se ha establecido, que en aquellos casos en los cuales el médico tratante prescriba un medicamento en presentación comercial, las Entidades Promotoras de Salud podrán hacer el cambio del mismo por su presentación genérica, siempre y cuando este último no surta efectos adversos en el paciente y con una justificación científica que así lo certifique.

### **Idoneidad del médico tratante para determinar que tratamiento debe seguir el paciente**

La Corte ha insistido en que el médico es la persona especializada en la medicina humana, capaz de brindar soluciones y respuestas a problemas de salud, a través de medicamentos, tratamientos que mejoran la calidad de vida del paciente, y que le permite ir más allá de un conocimiento general.

De acuerdo con la anterior definición, se ha considerado que la persona idónea para determinar que procedimiento y/o tratamiento debe seguir la paciente, es su médico tratante; así lo ha indicado la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias:

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio relevante es el del médico que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto. No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó, modificó o confirmó, con base en las consideraciones que realice sobre el caso un médico especialista adscrito a la EPS, o en la valoración del Comité Técnico Científico, según lo decida la entidad.”<sup>41</sup>(Subrayado fuera de texto)

### **Trámites administrativos para acceder a servicios, tratamientos y/o medicamentos**

*La Corte Constitucional ha manifestado que el trámite establecido para solicitar servicios médicos, no pueden convertirse en obstáculos, para que los afiliados y/o beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en salud, puedan acceder a los mismos, teniendo en cuenta, que “(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.” En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad (...)*<sup>151</sup>.

#### **h). Caso concreto.**

La señora **María Leticia Cárdenas Rendón** acudió a este instrumento legal, para que la EPS a la cual se encuentra afiliada le entregue el medicamento “BRIMONIDINA TARTRATO + DORZOLAMIDA + TIMOLOL” (KRYTANTEK) en su presentación comercial, para poder continuar el tratamiento de su patología, además para que le concedan el tratamiento integral.

**Capital salud EPS**, se pronunció al respecto y manifestó lo siguiente:

*“Frente a las pretensiones elevadas en el escrito de la acción constitucional, Capital Salud EPS-S NO está legitimada en la presente causa, para referirse a los hechos descritos por el accionante, menos aún para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas, toda vez que Capital Salud EPS-S, como entidad prestadora de servicios de salud, es una persona jurídica totalmente diferente e independiente con autonomía administrativa, financiera, con composiciones societarias diferentes y con responsabilidades distintas de la entidad citada en el escrito de tutela presentado por la accionante.*

*Corolario de lo antes descrito, esta entidad no se encuentra legitimada frente a las pretensiones demandadas en favor de la señora Maria Leticia Cardenas, así mismo, es preciso enfatizar que la llamada a responder por cada uno de los hechos y pretensiones aquí referenciadas es NUEVA EPS, entidad a la cual se encuentra afiliada la accionante.*

*En atención a los hechos y pretensiones visibles en la acción constitucional es importante destacar que la señora Maria Leticia Cardenas NO se encuentra activa ni ha registrado ningún tipo de vínculo en el Sistema General de Seguridad Social a través del régimen subsidiado, operado por CAPITAL SALUD EPS-S, así mismo no existe registro alguno de solicitud de afiliación por parte del accionante.*

**Nueva EPS** , indicó lo siguiente:

*“Respecto del caso concreto, es de indicar señor juez, que en la orden medica no se evidencia que el medicamento que se deba suministrar al accionante sea en su presentación comercial, por lo tanto, es necesario abordar señor juez, lo relativo a la obligación de las empresas promotoras de salud, respecto de la entrega de medicamentos en presentación comercial y no genérica, teniendo en cuenta, que para la dispensación de un medicamento comercial se requiere la justificación del médico tratante, donde se expone claramente el motivo por el cual no se puede suministrar al paciente el medicamento en su presentación genérica.*

*La Corte Constitucional manifestó en el párrafo 6.2.1.1.6. de la sentencia T-760 de 2008 que, de conformidad con la legislación vigente para ese momento, los médicos debían realizar la prescripción de medicamentos bajo la denominación genérica, sin perjuicio que la entidad promotora de salud pueda suministrar la versión comercial.*

*Posteriormente en el año 2013 el Ministerio de Salud y Protección Social nuevamente reguló el tema y señaló que “la prescripción se realizará siempre utilizando la Denominación Común Internacional, exclusivamente. Al paciente se le deberá suministrar cualquiera de los medicamentos (de marca o genéricos), autorizados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, que cumplan las condiciones descritas en este acto administrativo”, con la excepción “En el caso de los medicamentos anticonvulsivantes, anticoagulantes orales y otros de estrecho margen terapéutico definidos de forma periódica por el INVIMA, no deberá cambiarse el producto ni el fabricante una vez iniciado el tratamiento. Si excepcionalmente fuere necesario, se realizará el ajuste de dosificación y régimen de administración con el monitoreo clínico y paraclínico necesarios.”*

*Ahora bien, en Colombia la prescripción médica fue regulada inicialmente a través del Decreto 2200 de 2005 y posterior través de Decreto 780 de 20164 “por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Salud y Protección Social” donde señala que toda prescripción de medicamentos deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello la Denominación Común Internacional (nombre genérico) y cumpliendo los siguientes requisitos: “(…9) Artículo 2.5.3.10.15 Características de la prescripción. Toda prescripción de medicamentos deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello la Denominación Común Internacional (nombre genérico) y cumpliendo los siguientes requisitos:*

Respecto al tratamiento integral expresó:

*“Por su parte, con un tratamiento integral se tutelan hechos futuros e inciertos, exámenes que todavía no se han requerido, o tratamientos o medicamentos que no han sido ordenados. Adicionalmente, con un tratamiento de este tipo se deja de lado que la situación económica, social y de entorno de la Afiliada puede variar, y se desconocerían los lineamientos jurisprudenciales, en el sentido de que únicamente se amparan procedimientos o medicamentos claramente probados que requiere la Afiliada, ordenados por el médico, según la evolución del estado patológico(…)*

*(…)Como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros suministro de todo tratamiento que requiera por los hechos, sería tanto como hablar de tutelar derechos por amenazas futuras e inciertas, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso en la medida en que para el momento en que se genere la orden la EPS ya no tendría la posibilidad de esgrimir nuevos argumentos de defensa o nuevas pruebas que surjan. Finalmente es de agregar, que, respecto de estos servicios futuros e inciertos, no se cuenta con ordenes ni prescripciones médicas”*

Se obtuvo comunicación telefónica con la hija de la accionante, YANETH CONSTANZA GUZMAN CARDENAS, quien manifestó que la EPS le estaba entregando el medicamento de marca comercial que solicita, pero que hace dos meses, le entregan el medicamento genérico para su señora madre, manifiesta que lo ha venido usando ya que ella es la encargada del cuidado de su mamá y que no ha observado ningún efecto adverso o alguna complicación por el uso del medicamento genérico.

De lo expuesto, tenemos entonces que según la fórmula médica que suscribe la Dra. Laury Esther vaca Oftalmóloga, consta que el medicamento ordenado es



## RESUELVE.

Primero: **NEGAR** el amparo tutelar reclamado por la señora María Leticia Cárdenas Rendón identificado con la cédula de ciudadanía No. 24.282.555 contra **Capital Salud EPS y la Nueva EPS**, por lo expuesto en acápite.

Segundo: **NEGAR** el tratamiento integral a futuro por lo considerado en acápite.

Tercero: **NOTIFICAR** el contenido de esta decisión a las partes, indicándoles que contra la misma procede la impugnación el cual debe interponerse dentro de los tres días siguientes a la última notificación.

Cuarto: **REMITIR** las presentes diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnada la decisión.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,



**CÉSAR AUGUSTO GRISALES GRISALES**