

Sentencia T-756/05

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Requisitos que deben cumplir pacientes con enfermedades catastróficas

DERECHO A LA SALUD-No se cumplió el requisito de la incapacidad económica para cubrir tratamiento médico

Referencia: expediente T-1063200

Acción de tutela de Alba Julia Catuche de Ortega contra el Instituto de Seguros Sociales y FOSYGA.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., quince (15) de julio de dos mil cinco (2005).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que resolvió la acción de tutela promovida por Alba Julia Catuche de Ortega en contra del Instituto de Seguros Sociales y FOSYGA.

### I. ANTECEDENTES

Hechos y acción de tutela interpuesta

1. El 22 de octubre de 2004, la señora Alba Julia Catuche de Ortega interpuso, en forma verbal, acción de tutela ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán (Cauca), contra el Instituto de Seguros Sociales E.P.S. y FOSYGA, por considerar que el Instituto vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, con fundamento en los

siguientes hechos:

- a. La accionante tiene 54 años de edad y se encuentra afiliada como cotizante a la E.P.S. Instituto de Seguros Sociales desde el 30 de octubre de 19951.
- b. Señala que en el mes de junio de 2004, acudió a urgencias por un dolor de espalda, donde la atendió un médico general que le ordenó una radiografía, según la cual le fue diagnosticada Estiopenia2.
- c. Afirma que fue remitida con el especialista en fisiatría Dr. Regulo Andrés Vidal, quien para determinar su enfermedad le ordenó el examen de Densitometría Ósea y el medicamento Alendronato Sódico por un año.
- e. Señala que el Instituto de Seguros Sociales le negó el suministro del medicamento prescrito porque, de acuerdo con el Comité Técnico Científico, este no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud y no se han utilizado las alternativas previstas en dicho plan3.

Respuesta de la entidad accionada

2. El Instituto de Seguros Sociales dio respuesta a la acción y solicitó la denegación de la misma por las siguientes razones: (1) Informó que el medicamento no ha sido entregado a la accionante debido a que no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud; (2) Agregó que la accionante no ha agotado las alternativas de medicamentos sustitutos previstos en el P.O.S.; (3) Señaló que la accionante no ha demostrado su falta de capacidad económica; y (4) Que en caso de ordenar el suministro del medicamento se permita al Instituto repetir contra FOSYGA, y se especifique dentro de la sentencia, que la eventual entrega del medicamento se haga bajo la denominación genérica y no comercial.

Escrito aportado por la accionante

3. El 27 de octubre la accionante allegó al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán un escrito en el que manifestó que: "(...) no poseo los medios necesarios ni suficientes y que indiquen tener una capacidad económica holgada, en razón a que soy mujer mayor de edad, sin profesión definida y que no cuento con las entradas necesaria(sic), por otro concepto, pues solo vivo de la pensión adquirida como empleada de Servicios Generales en el Hospital Universitario de esta ciudad, recibiendo la cantidad de CIENSIENTOS (sic)(\$ 600.000)PESOS,

que utilizo para mi alimentación, vestido, recreación, pago de servicios públicos, estudio para mis dos hijos desempleados y mas aun debo costearme parte de la droga en el tratamiento de Deabetis(sic).

Por lo anteriormente expuesto me DECLARO IMPOSIBILITADA, para contribuir con el valor que me imponga el especialista en mi nuevo tratamiento".4

Decisión de primera instancia

4. El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán en providencia proferida el 8 de noviembre de 2004 decidió negar la acción de tutela. A juicio del juez para ordenar el suministro de un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud se deben reunir una serie de requisitos que en el presente caso no se reunieron. Según el Juzgado en el caso no se acreditó, de una parte, que el medicamento ALENDRONATO SÓDICO no pueda ser reemplazado por otro que figure en el P.O.S., y de otra, tampoco se logró comprobar que la falta del medicamento prescrito ponga en peligro la vida o el derecho a la vida digna de la accionante.

5. El 9 de noviembre de 2004 el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán deja constancia que no tuvo en cuenta en la decisión de la acción de tutela, por un error involuntario y debido al gran cúmulo de trabajo existente, el memorial suscrito por el médico fisiatra Regulo Andrés Vidal Barragán, que se aportó oportunamente, y en el que se señala que: "la Señora ALBA LUCIA CATUCHE DE ORTEGA, quien presenta una patología de OSTEOPOROSIS según resultado de Osteodensimetría Ósea, donde nos muestra claramente el riesgo de fractura de 8 veces de la población de control. El tratamiento a seguir es con ALENDRONATO SÓDICO x 70 MG, el cual mejora la densidad ósea.

El medicamento es esencial para la salud y vida de la paciente, ya que el no consumo del mismo traería como consecuencia un mayor riesgo de fractura, debido a la deficiencia de calcio.

No existe dentro del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) un medicamento homologo que remplace el formulado"5.

6. La accionante impugnó el fallo de primera instancia por considerar que se encuentra

acreditado por parte de su médico tratante el riesgo de fractura de columna que significa un peligro inminente para su integridad física, por lo que requiere el suministro del ALENDRONATO SODICO, medicamento que no tiene sustituto en el P.O.S.. Asimismo, señaló que se encuentra acreditada su incapacidad económica conforme al escrito aportado el 27 de octubre.

7. El 16 de noviembre de 2004, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán concedió la impugnación teniendo en cuenta que en la sentencia proferida por ese Despacho el 8 de noviembre de 2004, no se consideró el informe del médico tratante. El Juzgado determinó que no le competía revocar ni modificar su fallo pues es la segunda instancia la llamada a revisar y decidir si la accionante logró probar los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para que un medicamento que no se encuentra en el P.O.S. sea suministrado.

#### Decisión de segunda instancia

8. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia de 18 de enero de 2005, confirmó la sentencia de primera instancia, al considerar que no se cumplía con el requisito jurisprudencial relativo a la falta de capacidad económica para sufragar el costo del medicamento. En efecto, según prueba ordenada por el Tribunal el valor unitario del medicamento es de \$4.400 y la actora debe tomar una tableta cada 8 días<sup>6</sup>, se infiere que el valor mensual del tratamiento es de \$17.600, cifra que no afectaría la capacidad económica de la accionante que acredita unos ingresos mensuales de \$757.0967.

#### Insistencia del Defensor del Pueblo

9. El 8 de abril de 2005 el Defensor del Pueblo insistió ante esta Corporación para que fuera seleccionada la presente acción de tutela, indica el Defensor que la negativa de la segunda instancia para otorgar el amparo solicitado obedeció a que no se encontraba acreditado el requisito de incapacidad económica, pues el costo del medicamento no afectaba el mínimo vital de la accionante. No obstante, la Defensoría Regional del Cauca pudo constatar que la cotización que sirvió de base para tomar la decisión de segunda instancia fue errada, y que el valor unitario del medicamento asciende a \$26.000.

#### Pruebas ordenadas por la Corte Constitucional

10. Con el propósito de contar con mayores elementos de juicio al momento de adoptar la decisión correspondiente se ordenó comisionar al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, a través de auto del 14 de junio de 2005, para la práctica de pruebas. Así, se ofició con el fin de que la accionante informara sobre la composición de su núcleo familiar, la edad y el nivel de escolaridad de cada uno, así como el monto de sus ingresos y gastos y el de los integrantes de su núcleo familiar.

Igualmente, se solicitó que se oficiara al menos a dos farmacias en la ciudad de Popayán para que remitieran la cotización del medicamento ALENDRONATO SÓDICO 70 MG, la presentación y el valor unitario de cada tableta.

11. Por medio de oficio 1187, radicado en esta Corporación el 24 de junio de 2005, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán adjuntó tres cotizaciones del medicamento ALENDRONATO SODICO 70 MG: i) Coopservir Ltda. por un valor de \$30.050 correspondiente a una caja de 4 tabletas; ii) Popular de Drogas por un valor de \$30.050 la caja de 4 tabletas; y iii) Depósito de Drogas “Los Ángeles” por un valor de \$23.175 cada tableta.

Asimismo, el Juzgado remitió la declaración de la accionante según la cual su núcleo familiar está integrado por su esposo de 56 años de edad, su hija de 30 años de edad que es ecóloga y en la actualidad se encuentra desempleada, y su hijo de 28 años de edad que estudia Ingeniería Industrial. Agregó, la accionante que vive en casa propia, estrato 3, y que es la única que percibe ingresos en su núcleo familiar por el monto de \$672.935 (una vez efectuados los descuentos por salud y pensiones), con esta suma debe pagar los servicios públicos (agua por un valor de \$24.000, energía por un valor de \$55.000, gas por un valor de \$22.800 y teléfono por un valor de \$55.000), los medicamentos para el tratamiento de diabetes (\$53.000), aportes al fondo de empleados (\$60.000), cuota de un crédito ordinario por una deuda adquirida previamente (\$186.372), cuota de un crédito educativo (\$125.898), y aporte al fondo de empleados por servicio funerario (\$2.500).

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

1. Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero y 241, numeral noveno de la Constitución

Política.

Problema jurídico

2. Corresponde a esta Sala determinar si la negativa del Instituto de Seguros Sociales de suministrar el medicamento ordenado por el médico tratante de la señora Alba Julia Catuche de Ortega, vulnera sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y a la salud, teniendo en cuenta los requisitos que ha establecido la jurisprudencia constitucional para el otorgamiento de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.).

Reiteración de jurisprudencia. Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos no incluidos en el P.O.S.

3. La jurisprudencia constitucional ha señalado, en reiteradas oportunidades, que se desconoce el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad, de una persona que requiere un servicio médico o un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando:

(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasiona un deterioro del estado de salud que impide que ésta se desarrolle en condiciones dignas;

(ii) ese servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S., que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario;

(iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a estos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a estos le cobre, con autorización legal la E.P.S.; y

(iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitándole el tratamiento.<sup>8</sup>

En virtud de lo anterior, corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento de estos requisitos al momento de ordenar un servicio médico o medicamento no incluido en el P.O.S.

y, de encontrarlos debidamente acreditados, conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados.

El caso concreto

4. El primer requisito para conceder la entrega de un medicamento no incluido en el POS consiste en que por la falta del medicamento se amenacen los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal de la persona interesada. En este caso dicho requisito se encuentra comprobado, pues existe una amenaza a la integridad física de la accionante, según lo certificado por el médico, Dr. Regulo Andrés Vidal Barragán, quien afirmó que la paciente padece de osteoporosis y tiene un riesgo 8 veces mayor que la población de control de sufrir una fractura de columna, a menos que se mejore su densidad ósea con el medicamento ordenado<sup>9</sup>.

5. Frente al segundo requisito, relacionado con la imposibilidad de sustituir el medicamento por otro que esté contemplado en el POS y tenga la misma efectividad, se tiene nuevamente el informe del médico que acredita el cumplimiento de este requisito al certificar que: “No existe dentro del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) un medicamento homólogo que remplace el formulado”<sup>10</sup>.

6. En lo relacionado con el tercer requisito, consistente en la carencia de recursos económicos del afectado para sufragar el medicamento prescrito, en el presente caso la controversia se circunscribe a si la capacidad económica del accionante le permite costear el medicamento ordenado. En tal sentido, las pruebas recaudadas, por los jueces de instancia y por esta Corporación, demuestran que los ingresos netos de la accionante son de \$672.935 (una vez efectuados los descuentos por salud y pensiones) y el costo del medicamento genérico (ALENDRONATO SÓDICO 70 MG) está estimado en \$30.000 la caja de cuatro tabletas, mientras el costo del medicamento comercial o de marca (ARMOL 70 MG) asciende a aproximadamente a \$ 23.000 por tableta.

Como ya se mencionó, la actora devenga cerca de dos salarios mínimos, vive en casa propia de estrato 3 y no tiene a su cargo hijos menores o discapacitados. Adicionalmente, advierte la Corte que la adquisición del medicamento significaría alrededor del cinco por ciento de los ingresos mensuales. En efecto, el medicamento ALENDRONATO SÓDICO<sup>11</sup>, fue formulado por un año<sup>12</sup>, por el médico tratante, en dosis de una tableta cada ocho días, es decir, 4

tabletas mensuales, sin que sea posible establecer que la accionante no tolere el genérico o que este le produzca efectos secundarios o que el mismo no demuestre la misma eficacia que el medicamento comercial<sup>13</sup>. En consecuencia, el costo mensual del medicamento estaría estimado en treinta mil pesos (\$30.000), suma que no compromete en forma desproporcionada la capacidad económica de la accionante<sup>14</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior y que en el trámite de la acción de tutela no existe una tarifa legal para probar la incapacidad económica<sup>15</sup>, la Corte concluye que conforme a la relación de los ingresos y egresos de la señora Alba Julia Catuche de Ortega, así como la composición de su núcleo familiar, la compra del medicamento genérico no compromete la satisfacción de sus necesidades básicas ni ocasiona una vulneración a su mínimo vital.

Al respecto cabe recordar que en un caso similar al presente dijo la Corte:

Los jueces de tutela y los accionantes no deben olvidar que los recursos del Fosyga, están destinados exclusivamente para las personas que les es imposible, por sus propios medios económicos, acceder a tratamientos, medicamentos o pruebas de diagnóstico excluidos del P.O.S, que requieran con urgencia para salvaguardar su vida y su integridad.

Dar un uso distinto a estos recursos o incluir dentro de los beneficiarios a quienes no cumplan con los estrictos requisitos establecidos, implica necesariamente la exclusión en la asignación de recursos escasos de algunos que sí requieren con urgencia de esta ayuda estatal, poniendo con esto en serio peligro sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad.” <sup>16</sup>

En este sentido, no sobra reiterar que el suministro de medicamentos no incluidos en el P.O.S. se imputa al FOSYGA, es decir, a un fondo que cuenta con escasos recursos para financiar la salud de la población más pobre y vulnerable. Por ello, la asignación de gasto por vía de tutela sólo puede justificarse en aquellos casos en los cuales la persona afectada requiere con urgencia el medicamento para salvaguardar su vida o su integridad y sin embargo se encuentra en imposibilidad absoluta de costearlo por sus propios medios económicos y no simplemente cuando ello le causa incomodidades o restricciones especiales. En efecto, no puede perderse de vista que los recursos del FOSYGA se deben destinar en primera instancia a la atención de la población más pobre del país, aquellos millones de personas que no tienen garantizados, siquiera, los servicios básicos de salud. Dar por vía de

tutela un uso distinto a estos recursos o incluir dentro de los beneficiarios a quienes no cumplan con los estrictos requisitos establecidos, implica necesariamente la disminución de los fondos destinados a la atención de la población más pobre y vulnerable del país y, en consecuencia, una distribución que no se compeadece con el deber constitucional de especial atención a esta población.

En consecuencia, no encontrándose probado el requisito de la incapacidad económica, se hace innecesario estudiar el último de los requisitos jurisprudenciales exigidos para ordenar la entrega de medicamentos que no están incluidos el P.O.S.

Así, en el caso concreto no se reúnen las condiciones para aplicar la jurisprudencia que permite el suministro de los medicamentos no incluidos en el P.O.S., y por lo tanto, se confirmará la decisión revisada.

### III. DECISION

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

#### RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el fallo proferido el 18 de enero de 2005 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el proceso de acción de tutela de Alba Julia Catuche de Ortega contra el Instituto de Seguros Sociales, por los motivos expuestos en esta providencia.

Segundo: Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folios 1 y 3

2 Folio 1.

3 Folio 5.

4 Folio 31.

5 Folio 42.

6 Folios 4 y 5.

7 Folio 11.

8 Sentencias SU-480/97; T-1204/00 y SU-819/99.

9 Folio 42.

10 Ibídem.

11 Folio 4 y 42.

12 Folio 1.

13 Sentencia T-1158/04.

14 Sentencias T-1007/03 y T-440/05.

15 Sentencia T-744/04.

16 Sentencia T-959/04.