

Sentencia T-681/06

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-No suministro de vacuna neumococo por la EPS por encontrarse fuera del POS

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por aplicación de la vacuna neumococo por parte de la madre de menor

Referencia: expediente: T-1332472

Accionante: Elizabeth Ortega Silva

Procedencia: Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006)

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de la tutela T-1'332.472, en la acción instaurada por la señora Elizabeth Ortega Silva en representación de la menor Danna Lucrecia Ortega Silva, contra la EPS Famisar. El fallo fue proferido por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá.

### I. ANTECEDENTES

#### A. Hechos

1. Afirma la accionante que desde el momento que comenzó a trabajar en Caricia S.A., se afilió a la EPS FAMISANAR.
2. El 13 de enero de 2006 dio a luz a la menor Danna Lucrecia Ortega Silva, a quien afilió, el 30 de enero, a la EPS FAMISANAR como beneficiaria.
4. Manifiesta que la menor requiere de la vacuna Neumococo, dosis que debe ser aplicada cada dos meses durante el primer año.

5. Al solicitarle la vacuna a la EPS FAMISANAR, la misma fue negada por la entidad, argumentando que se encuentra fuera del POS. El costo de la vacuna Neumococo es de \$186.000,00, dinero con el que no cuenta la accionante.

6. Solicita que se le protejan a la menor Danna Lucrecia Ortega Silva sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, en consecuencia, se le ordene a la EPS FAMISANAR el suministro de la vacuna neumococo.

## 2. Contestación de la entidad demanda

El 20 de mayo de 2005, la EPS Famisanar dio respuesta al Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, de la siguiente manera:

“La vacuna NEUMOCOCO no se encuentra incluida dentro de las coberturas autorizadas para el Plan Obligatorio de Salud, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 228 del 2002, razón por la cual, E.P.S. FAMISANAR no se encuentra legalmente habilitada para suministrarlas.

En cuanto al suministro de la vacuna NEUMOCOCO, me permito informar que se encuentra por fuera de las coberturas de Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo.

Al respecto, es menester informar que la autorización de medicamentos no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, se encuentra sujeta a la evaluación y aprobación de un Comité

Técnico Científico, organismo encargado de determinar de acuerdo a los parámetros establecidos por ley, que medicamentos pueden ser suministrados...

(...)

Dentro de este contexto, se informa que la EPS no ha conocido solicitud alguna del medicamento mencionado, incumpliendo así con los requisitos de ley para acceder al suministro de un medicamento no POS, es decir, omitió presentar ante el Comité Técnico Científico, la solicitud debidamente justificada y soportada por el médico tratante.

Ni tan siquiera se tiene conocimiento de la historia clínica, como tampoco la utilización de medicamentos alternativos dentro del POS, de lo cual pueda evaluarse por el comité, si cumple con los criterios fijados por el Gobierno Nacional, para la aprobación de tales medicamentos.

No existe prueba alguna de que la Accionante, haya solicitado los medicamentos que requiere al Comité, obviamente su deber con el Sistema, de ayudar a racionalizar los recursos del Sistema, y tampoco se puede premiar su negligencia, aprobando los medicamentos por tutela, situación que generaría un caos en el Sistema, ya que viendo la facilidad de buscar una orden judicial para evitarse los trámites de ley, todos los usuarios acudirán al mismo mecanismo constitucional.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por lo anterior, la entidad demandada no ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor; la accionante lo que tiene es que cumplir con los procedimientos establecidos para que se autorice los medicamentos excluidos del POS, añadiendo a lo anterior, que no se encuentra la orden emitida por el médico tratante y adscrito a la entidad.

### 3. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia de la Cédula de Ciudadanía N° 52.506.517 de Bogotá, a nombre de la accionante.
  
- Copia del Carné como beneficiaria a la EPS Famisanar a nombre de la menor Danna Lucrecia Ortega Silva.
  
- Registro Civil de nacimiento número 39408400, de la menor Danna Lucrecia Ortega Silva.
  
- Contestación del Ministerio de la Protección Social, Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo dirigida al Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, con fecha 9 de marzo de 2006. El escrito dice:  
  
“Respecto a la solicitud por parte de la accionante para que le sea aplicada la vacuna anteriormente referenciada a su menor hija, este Ministerio le informa que dicha vacuna se encuentra por fuera del Plan Obligatorio de Salud.”

## II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El 22 de marzo del año en curso, el Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá negó la tutela. Sostiene este Juzgado que con base en las pruebas recaudadas la entidad demandada no vulneró los derechos fundamentales de la menor. Agregó que no obra prescripción de la vacuna de Neumococo que fuera ordenada por el médico tratante, adscrito a la EPS demandada y que haya sido puesta en conocimiento del Comité Técnico Científico.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

#### 2. Problema Jurídico

Procede esta Sala a resolver si no se protegen en debida forma los derechos a la salud, a la seguridad social, a la protección especial y a la vida de la menor de edad por parte de la E.P.S. Famisanar a la que pertenece, cuando se niega a suministrar la Vacuna Neuomoco, por no encontrarse dentro del POS.

#### 3. El derecho a la salud de los menores es derecho fundamental

En la Sentencia T-903 de 20051, sobre los medicamentos que se encuentran fuera del POS - vacunas para menores-, se dijo al respecto:

“La Corte ha precisado que se debe dar protección especial a la salud de los menores, por cuanto los derechos de los mismos prevalecen sobre los demás, sin que para ello requiera estar en conexidad directa con el derecho fundamental a la vida.

En casos similares en los cuales las EPSs no suministraron las vacunas por no encontrarse dentro del POS, la Corporación dijo:

1) En anterior ocasión, el médico le prescribió a la menor la aplicación de vacunas virus influenza N° 12 y Neumococo N° 1, y dijo la Corte: “...El argumento que esgrime es el de que las vacunas no se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS), ni dentro de los programas de promoción y prevención que tiene el Gobierno establecido para cada zona del país. Cabe aclarar que efectivamente existe reglamentación respecto de medicamentos que son excluidos del POS, como el caso de las vacunas que requiere la menor que no están dentro del listado de medicamentos esenciales; pero, teniendo en cuenta el presente caso, cuando se deja de utilizar el medicamento ordenado por el médico especialista, se está afectando la integridad física y la salud de la menor, situación en la cual, es posible inaplicar normas que pongan en peligro estos derechos fundamentales, para proteger y prolongar la vida digna del menor” Se deduce que la salud de la menor esta en alto riesgo al no aplicársele las vacunas, ya que esta enfermedad es grave. Si bien es cierto, que con las vacunas, no tendría una cura total, con las mismas, si se le estaría mejorando la calidad de vida a la menor, aliviándole sus dolencias.”<sup>2</sup> (subrayas fuera de texto)

2) De la misma manera, en otro caso, al menor se le ordenó el suministro de las vacunas Sinages y Neumococo, medicamentos necesarios para la protección del sistema pulmonar, y para protegerlo de muchas otras enfermedades. La E.P.S. le respondió a la accionante negativamente a su petición, argumentado que las vacunas reclamadas no se encontraban incluidas en el P.O.S.

Por lo que la Corporación manifestó: “El no suministro de las vacunas recetadas al menor Juan Diego, quien en su corta vida ha presentado graves problemas de salud, especialmente problemas respiratorios como neumonías virales y bacterianas, estaría expuesto a nuevas infecciones de esta índole, que comprometerían no solo su salud sino su propia vida, pues las lesiones respiratorias causadas por dichas infecciones afectan sustancialmente la capacidad de respuesta respiratoria y de defensa de su organismo. Recordemos que las complicaciones respiratorias de Juan Diego, han requerido por lo general, que este sea internado en varias clínicas por periodos de más de 10 o 15 días, tiempo durante el cual ha requerido el suministro de oxígeno, antibióticos y otros medicamentos que le permitan superar sus crisis respiratorias.

Por ello, sí resulta importante y necesario, que en aras de garantizar una vida en condiciones dignas y un estado de salud apropiado, que las vacunas recetadas sean suministradas lo más pronto posible, pues debe de tenerse en cuenta que durante esta etapa de la vida, los riesgos de agravamiento de cualquier enfermedad, es aún mayor, y en este caso en particular, tienen un mayor riesgo dado el historial médico de complicaciones que ya acompañan al menor Juan Diego.

2. Ciertamente, las vacunas son medicamentos que no presentan alternativas medicinales que se encuentren incluidas en el P.O.S., razón por la cual resultan fundamentales para garantizar la calidad de vida de quienes las requieren.”3”

Los casos en cita, fueron concedidos y se protegieron los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los menores, ordenando a las EPS demandadas que suministraran la vacuna de Neumococo.

#### 4. Hecho superado

En esta oportunidad, correspondería a la Sala de Revisión pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la negativa de la EPS demandada, de suministrar la vacuna requerida por la hija de la peticionaria. No obstante, tal como pasa a explicarse, cesaron los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo constitucional de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la menor Danna Lucrecia Ortega Silva.

Ciertamente, cuando la pretensión de la acción de tutela ha sido satisfecha durante el transcurso del proceso, la posición de la jurisprudencia es que la acción de tutela pierde eficacia e inmediatez y, por ende su justificación constitucional, razón por la cual, el amparo deberá negarse.

En estos casos la Corte ha dicho:

“El objetivo de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, al Decreto 2591 de 1.991 y a la doctrina constitucional, es la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental, presuntamente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente

señalados por la ley.

“En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

“No obstante lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde su eficacia y su razón de ser..”<sup>4</sup>.

Igualmente, esta Corporación en otra ocasión dijo:

“...la decisión del juez de tutela carece de objeto cuando, en el momento de proferirla, encuentra que la situación expuesta en la demanda, que había dado lugar a que el supuesto afectado intentara la acción, se ha modificado sustancialmente, de tal manera que ha desaparecido toda posibilidad de amenaza o daño a los derechos fundamentales. Siendo la defensa de éstos la justificación y el propósito de esta forma expedita de administrar justicia constitucional en el caso concreto, ningún sentido tiene que el fallador imparta órdenes de inmediato cumplimiento en relación con unas circunstancias que pudieran configurarse en el pasado pero que, al momento de cumplirse la sentencia, no existe o, cuando menos, presentan características totalmente diferentes a las iniciales.”<sup>5</sup>

Por consiguiente, desapareciendo el objeto de protección del derecho presuntamente vulnerado por parte de la entidad demandada, no tiene sentido que el juez de tutela imparta orden alguna de inmediato cumplimiento, pues el hecho superado hace inoperante la orden judicial.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

#### IV. CASO CONCRETO

La señora Elizabeth Ortega Silva interpuso la acción de tutela en representación de su menor hija Danna Lucrecia Ortega Silva. Afirma que la EPS Famisanar esta vulnerando los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida de su hija, al no autorizarle las dosis de la vacuna de Neumococo por encontrarse fuera del POS.

De las pruebas allegadas por la señora Ortega Silva se deduce, en primer lugar, que no existió orden del medico tratante y adscrito a la EPS demandada que manifestara que la menor requería de la vacuna Neumococo. No obstante, en segundo lugar, la accionante allegó escrito al expediente de esta tutela, en el que manifestó a la Sala de Revisión lo siguiente:

“Por medio de la presente quiero comunicar que yo ELIZABETH ORTEGA SILVA con C.C. 52’502.517 Btá le mande colocar las vacunas del NEUMOCOCO a mi hija DANNA LUCRECIA ORTEGA SILVA, ...”

Conforme a lo manifestado por la misma accionante, la Sala encuentra que en el caso concreto existe carencia actual de objeto, ya que, como se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia, la situación expuesta en la demanda, que había dado lugar a que la señora Ortega Silva intentara la acción, cambió sustancialmente en el transcurso del proceso, de tal manera que ha desaparecido la amenaza o daño a los derechos fundamentales invocados por la accionante.

De otro lado, es claro que siendo el derecho a la salud de la menor de carácter fundamental, y siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación que ha estimado que el no suministro de vacunas pone en riesgo tal derecho, la conducta de la EPS Famisanar debe ser encaminada a proteger de manera preferente a los menores de edad<sup>6</sup>.

Por esta razón, esta Sala hace un llamado a prevención a la EPS Famisanar, en el sentido, de que se les brinde de manera oportuna la información necesaria y el servicio requerido a las personas afiliadas o beneficiarias, en especial a los menores de edad, por cuanto la vida de éstos puede correr peligro por la demora del mismo.

Es sabido que cuando los instrumentos preventivos no forman parte del plan o calendario de vacunación gratuito llevado a cabo por el Ministerio de Salud, existen dos opciones para los padres y para los especialistas: vacunar o no vacunar a los niños menores de un año. Frente a esta alternativa, es posible que las EPS no asuman el costo, o bien que cubran parte o la totalidad de la administración de la vacuna. En la mayoría de los casos los padres deben afrontar el mayor o total porcentaje del costo en forma particular, como ocurrió con la señora Elizabeth Ortega Silva.

Al respeto, la Corte ha manifestado que para que las EPS puedan cumplir con la misión

encomendada, es preciso que exista un marco regulatorio claro, que se adecue a los postulados constitucionales y legales sobre la materia.

En la Sentencia T-378 de 2007, la Sala ordenó adicionalmente que mediante la intervención de la Superintendencia de Salud se hiciera un llamado a prevención<sup>8</sup> a las diferentes EPS que existen en el país con el fin de que se les diera instrucción a los funcionarios administrativos en el sentido de respetar la dignidad humana y cumplir a cabalidad con el sistema de Seguridad social establecido en la Constitución. Y agregó:

“Y para que, cuando se niegue el servicio de la seguridad social en salud haya una inmediata información por escrito al usuario, explicando la causa del incumplimiento a fin de que el afiliado pueda fácilmente hacer valer sus derechos constitucionales y legales.”

Con base en lo expuesto, esta Sala confirmará la sentencia del Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, mediante la cual se negó la tutela, pero por las consideraciones aquí expuestas y con las advertencias señaladas.

## V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar que como se ha presentado un hecho superado, por esta única razón, se CONFIRMA la sentencia del Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá que no concedió la tutela, con fecha 22 de marzo de 2006, pero por las razones expuestas en el presente fallo.

SEGUNDO.- Se hace un llamado a prevención a la EPS Famisanar, Seccional Bogotá, para que se les brinde de manera oportuna la información necesaria y el servicio requerido a las personas afiliadas o beneficiarias, en especial a los menores de edad, por cuanto la vida de éstos puede correr peligro por la demora en el suministro de las vacunas a que se ha hecho referencia en esta providencia.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

2 Sentencia T- 270 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Sentencia T-1211 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Entre otras se pueden consultar sobre el tema las siguientes Sentencias T-110 de 2003 y T-666 de 2004.

4 Sentencia T-495 de 2001 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

7. Sentencia T-01 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Ver entre otras, las Sentencias T-1211 de 2004, T-903 de 2005 y T-502 de 2006.

7 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

8 Sobre el tema se pueden consultar las siguientes sentencias: T-819 de 2003, que en su parte resolutive dijo: "TERCERO: Se hace un llamado a prevención a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia para que en el futuro no vuelva a incurrir en este caso de violación a un derecho fundamental.", la T-378 de 2000, que dirigió la orden a la Superintendencia de Salud para que dirigiera el llamado a prevención a las EPS.