

Sentencia T-903/05

Referencia: expediente: T-1138043

Accionante: Juan Diego Torres Farfán

Procedencia: Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C., primero (1) de septiembre de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de la tutela T-1'138.043, en la acción instaurada por el señor Alexander Torres Moreno, en representación de su menor hijo Juan Diego Torres Farfán, contra COLMÉDICAS EPS. El fallo fue proferido por el Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, el 20 de mayo de 2005.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. HECHOS

\* El señor Alexander Torres Moreno interpone acción de tutela en representación de su hijo menor de edad (28 días de nacido).

\* Afirma el accionante que, el 11 de febrero de 2005, hospitalizó a su hijo en la Clínica David

Restrepo, en donde le diagnosticaron Bronconeumonía.

\* El menor estuvo hospitalizado por 10 días y luego fue dado de alta con oxígeno domiciliario e inhaladores permanentes (Beclometazona, Atrovent y Salbutamo) para que fueran aplicados en la casa; este tratamiento fue ordenado durante 2 meses.

\* El accionante afirma que la vacuna antineumocócica conjugada heptavalente que requiere su hijo fue ordenada por el médico tratante, y tiene un costo de \$200.000,00 pesos.

\* Manifiesta el señor Torres Moreno que la vacuna fue negada por la EPS, demandada por cuanto se encuentra fuera del POS; agregó que no cuenta con el dinero para costear la vacuna, la cual tiene que ser suministrada en 4 dosis, es decir, que tendría un costo de \$800.000,00 pesos.

\* El accionante afirma que trabaja para el Secretariado Nacional de Pastoral Social de la Conferencia Episcopal de Colombia, en donde se desempeña como Asistente de la Sección Vida, Justicia y Paz, y su salario mensual es de \$1.889.000,00.

\* Agregó que entre sus gastos mensuales y descuentos por nómina se encuentran: salud-pensión \$ 225.600,00, arriendo por un valor de \$400.000,00, energía \$20.000,00, gas \$15.000,00, agua \$70.000,00, teléfono \$130.000,00, transporte \$300.000,00, alimentación y gastos del recién nacido \$552.000,00.

\* Solicita que se le protejan a su hijo los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social y especial protección a la niñez, en consecuencia, se le ordene a la EPS COLMÉDICA el

suministro de la vacuna neumococo ordenada por el médico tratante.

## 2. CONTESTACION DE LA ENTIDAD DEMANDA

El 20 de mayo de 2005, el Representante Legal de la EPS COLMEDICA de Bogotá, dio respuesta al Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, afirmando lo siguiente:

“El menor JUAN DIEGO TORRES FÁRFAN se encuentra en la actualidad afiliado en su condición de BENEFICIARIO HIJO del Señor ALEXANDER TORRES MORENO, al plan obligatorio de salud (P.O.S.), en el régimen contributivo, ofrecido por Colmédica E.P.S., y como consecuencia directa de dicha afiliación tiene derecho a recibir, tanto él como sus beneficiarios, como efectivamente los ha recibido, por parte de nuestra E.P.S., todos los servicios de salud contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud P.O.S., plan que según la normatividad Constitucional y Legal vigentes cuenta con limitaciones y exclusiones de servicios (exámenes, medicamentos, etc); así como copagos y cuota moderadoras.

El cotizante registra un ingreso Base de cotización de \$1'889.000,00 y el costo del MEDICAMENTO es de \$170.000,00 por dosis.

Sobre el particular, y no obstante poner de presente que esta entidad ha cumplido dentro de los presupuestos legales, resulta necesario aclarar sobre la solicitud de los servicios de salud realizada por el accionante: LA VACUNA HEPTAVALENTE CONTRA EL NEUMOCOCO es una exclusión del POS, motivo por el cual no es posible para esta entidad autorizar el suministro de la misma con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Adicionalmente, es claro que este tipo de vacunas se formulan a pacientes “sanos” para evitar el contagio futuro del neumococo. La aplicación de la vacuna no garantiza que el menor no vaya a contraer ningún otro tipo de virus, así que el riesgo de presentar agudizaciones recurrentes de su cuadro respiratorio se puede presentar por existir secuelas de la bronquitis manejada y no por imperfección de neumococo. Más del 90% de los casos se deben a virus que no existe marco preventivo actual para estos pacientes, motivo por el cual la VACUNA no hace que se modifique tal situación.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la vida del paciente, no ha estado, ni está, ni lo estará por la ausencia de aplicación de la VACUNA. (sic)

(...)

## 2. CAPACIDAD ECONOMICA

Como quiera que al revisar el sistema de información de la entidad se constató que el usuario es COTIZANTE, quien reporta un ingreso base de cotización de \$1'889.000,00, es preciso manifestar que cuenta con recursos para asumir los medicamentos requeridos.”

## 3. PRUEBAS

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia de la Cédula de Ciudadanía del señor Alexander Torres Moreno, N°79.574.297 de Bogotá.
- Copia del Carné de la EPS Colmédica, número de identificación RC-11379574297 a nombre de Juan Diego Torres Farfán quien aparece como beneficiario.
- Historia del menor Juan Diego Torres en la Clínica David Restrepo del 11 de febrero de 2005.
- Formulas médicas del 14 y 21 de febrero de 2005, a nombre del menor Juan Diego Torres, expedidas por la pediatra de la EPS Colmédica, donde se le recetan medicamentos para el tratamiento para bronquiolitis.
- Registro Civil de nacimiento del menor Juan Diego Torres Farfán; fecha de nacimiento 13 de enero de 2005.
- Escrito de 17 de Mayo de 2005, de la Coordinadora de Pediatría de la Fundación Clínica David Restrepo, en el cual se informa sobre el estado de salud y tratamiento del paciente en los siguientes términos : “JUAN DIEGO TORRES FARFAN, de 1 mes de edad, hospitalizado del 11 - 02 -05 al 21 - 02 - 05, con diagnóstico de Bronconeumonía viral - Bronquiolitis, visto por última vez en la institución en 21 de febrero de 2005. Cuando egresó tenía Oxígeno domiciliario, Salbutamol, Atrovent y Beclometasona, al egreso sin dificultad respiratoria, sin broncoespasmo; actualmente en controles por su médico tratante.

Recibió tratamiento indicado para su enfermedad de acuerdo a protocolos de la institución.

En cuanto a la vacuna heptavalente antineumocócica, no es tratamiento para la enfermedad, sino una medida preventiva para enfermedad neumocócica invasiva posterior. No está cubierta por el Plan Obligatorio de Salud (POS) y por eso la Clínica no puede aplicarla de rutina.”

- Escrito de 18 mayo de 2005, en el cual Coordinador del Grupo Operativo, oficina de Registro de II PP Zona Centro, informó a la Secretaria del Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal que: “En respuesta al oficio de la referencia comedidamente me permito informarle que revisado en el Sistema Magnético actualizado a la fecha, por consulta de índices de Propietarios, Cédula de Ciudadanía y Direcciones existentes en nuestra Base de Datos, no existe ninguna propiedad de acuerdo con la información por usted suministrada.”

- Escrito del 18 de mayo de 2005, dirigido a la Secretaría del Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal por parte de la Coordinadora del Grupo Operativo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, D.C., Zona Norte, quien afirmó que: “luego de verificar la búsqueda en el sistema de INDICES DE PROPIETARIOS, existentes a la fecha en esta zona no se localizó matrícula inmobiliaria alguna a nombre de MAGNOLIA TORRES LEON y ALEXANDER TORRES MORENO con cédula de ciudadanía número 52.882.239 y 79.574.297, respectivamente.”

- Oficio de la DIAN del 18 de mayo de 2005, en donde el Jefe de la División de Recaudación manifestó a la Secretaría del Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal, lo siguiente: “En atención al asunto de la referencia, me permito informarle que consultado el archivo magnético del Registro Único Tributario “R.U.T.” de esta Administración, como la cuenta corriente, se observó que los señores

MAGNOLIA TORRES LEON -C.C. 52.882.239

No se encuentra inscrita en el Registro Único Tributario “R.U.T.” y no tiene declaraciones de renta presentadas.

ALEXANDER TORRES MORENO -C.C. N° 79.574.297

Se encuentra inscrito en el Registro Único Tributario “R.U.T.” en la Administración 32 Personas Naturales, no tiene declaraciones de renta presentadas.”

- Certificación laboral expedido el 9 de agosto de 2005, del Secretariado Nacional de Pastoral Social de la Conferencia Episcopal de Colombia, en donde se certifica que: “el señor ALEXANDER TORRES MORENO, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.574.297 de Bogotá, presta sus servicios profesionales como Asistente de la Sección Vida, Justicia y Paz, del Secretariado Nacional de Pastora Social, Nit. 860.039.273-3, desde el dos (2) de enero de dos mil dos (2002).

El tipo de contrato es a término fijo (por políticas de la institución) y se hace prorrogable para garantizar la continuidad de los empleados de la Institución en los procesos sociales que acompañan.

Jornada laboral: De 8:00 a.m. a 5: p.m. de lunes a viernes.

Actualmente cuenta con una asignación mensual de Un millón ochocientos ochenta y nueve mil pesos M/cte. (\$1.889.000,00).

- Relación gastos mensuales del accionante con fecha 9 de agosto de 2005: “salud-pensión \$225.600,00, arriendo \$400.000,00, servicios \$235.000,00, transporte \$300.000,00, alimentación \$300.000,00, otros gastos \$250.000,00 y en ropa e implementos para su hijo \$152.000,00.”

## II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El veinte de mayo de dos mil cinco, el Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal de Bogotá negó la tutela; afirmó que era evidente de la respuesta de la EPS demandada que la vacuna neumococo no se encuentra dentro del POS y además la vida del menor no corre riesgo al no suministrarle la vacuna en mención.

Agregó que la aplicación de esta vacuna no garantiza que el menor no vaya a contraer ningún otro tipo de virus, así que el riesgo de presentar agudizaciones recurrentes de su cuadro respiratorio se puede presentar por existir secuelas de la bronquitis manejada y no por infección de neumococo.

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### A. 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 Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

## A. TEMAS JURIDICOS

### 1. 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 al menor y a la vida de un menor de edad por parte de la E.P.S. a la que pertenece cuando niega el suministro de la vacuna, por no encontrarse dentro del POS.

### 2. Protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela

La Corte Constitucional ha contemplado diversos escenarios donde es factible la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela. En la Sentencia T-666 de 2004, al respecto se dijo:

“(…) en el marco de la justiciabilidad de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha establecido los siguientes criterios para la procedencia de la acción de tutela: (i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal o la dignidad del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) que el paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante<sup>1</sup>.

En tercer lugar, la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia<sup>2</sup>, las personas con discapacidad<sup>3</sup> y los adultos mayores<sup>4</sup>, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo.”

5

En consecuencia, se brinda protección especial mediante la acción de tutela a los sujetos que así lo requieran -en virtud de que se les ha negado el tratamiento, la cirugía y los medicamentos por encontrarse fuera del POS- siempre y cuando se cumpla con los criterios que la Corte ha determinado para estos casos.

### 3. Incapacidad de pago

Esta Corporación ha demostrado que el desempeño del juez de tutela al momento de establecer probatoriamente la incapacidad de pago, es de gran importancia.

En la Sentencia T-666 de 2004<sup>6</sup>, al respecto se dijo:

Por lo tanto, en observancia del principio de interés superior del menor, todos los jueces de la República y autoridades encargadas de defender los prevalentes derechos de los niños y niñas, deben garantizar su protección especial, sin que para esa finalidad sean oponibles requisitos meramente formales.” (subraya fuera de texto)

Por lo tanto, el menor directamente afectado podrá acudir a la protección constitucional con el fin que se le amparen sus derechos fundamentales y prevalentes, obteniendo así un desarrollo normal.

### 4. Medicamentos que se encuentran fuera del POS -vacunas para menores-

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."7 (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.”<sup>8</sup>

En ambos casos se concedió la protección a la salud y a la vida digna de los menores, ordenando a las EPSs demandadas que suministraran las vacunas.

### CASO CONCRETO

Se trata de un menor de veintiocho (28) días de nacido, quien estaba siendo tratado de Bronconeumonía Viral - Bronquiolitis, fue hospitalizado durante diez días, diagnosticándole Bronquiolitis, por lo cual le suministraron oxígeno domiciliario e inhaladores permanentes y presentó fiebre alta. Siendo su estado de salud estable, el médico tratante adscrito a la EPS Colmédica le ordenó la Vacuna Heptavalente Antineumocócica, vacuna que fue negada por la EPS, manifestando que se encontraba fuera del POS.

Por su parte, la EPS Colmédica afirmó al Juzgado de instancia que el accionante podía asumir el costo de la vacuna por cuanto registra un ingreso base de \$1'889.000,00 mensual y el costo de cada dosis, es de \$170.000,00, de donde presume la EPS, que el actor puede cubrir el valor de la vacuna.

La Sala encuentra que efectivamente está demostrado que el accionante cuenta con una asignación mensual de \$1.889.000,00, con la cual cubre los siguientes gastos: salud-pensión \$225.600,00, arriendo \$400.000,00, servicios \$235.000,00, transporte \$300.000,00, alimentación \$300.000,00, otros gastos \$250.000,00 y en ropa y otros implementos para el hijo \$152.000,00.

El total de las 4 dosis de la vacuna requeridas por el menor asciende a \$680.000,00 pesos, suma considerable para el accionante dado que tiene que sufragar los gastos antes mencionados. Exigirle el pago de la totalidad de las 4 dosis de la Vacuna Heptavalente

Neumococo conllevaría el que no pueda atender los demás gastos familiares.

Por lo anterior, en lo referente a la capacidad económica del señor Alexander Torres, se concluye de las pruebas solicitadas por el Juez de instancia a la DIAN y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá y del dicho del accionante en cuanto a los gastos que cubre mensualmente, que no tiene otras entradas económicas distintas a su salario fijo.

De otro lado, es claro que siendo el derecho a la salud del menor de carácter fundamental, 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 Colmédica debe ser corregida a través de tutela para proteger al menor Juan Diego Torres Fáfán.

En consecuencia, esta Sala concede la tutela pedida en lo que respecta a ordenar a la EPS Colmédica de Bogotá que autorice la vacuna Heptavalente contra el Neumococo de acuerdo con la formulación dada por el médico tratante.

Sin embargo, para garantizar el equilibrio financiero de la Entidad Prestadora de Salud Colmédica, está podrá repetir contra el FOSYGA en relación con el gasto asumido para las vacunas.

#### IV. 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. REVOCAR la sentencia de fecha veinte (20) de mayo de dos mil cinco (2005), del Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, en la acción de tutela presentada por el señor Alexander Torres Moreno en representación de su hijo Juan Diego Torres Fáfán contra la EPS Colmédica de Bogotá.

SEGUNDO. CONCEDER la tutela en relación con la entrega de la cuatro dosis de Vacuna Heptavalente Neumococo, por parte de la EPS Colmédica de Bogotá.

TERCERO. ORDENAR que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la entidad demandada, si aún no lo ha hecho, haga la entrega de la vacuna, tal como le fue ordenada por el médico tratante.

CUARTO. ACLARAR que la EPS Colmédica de Bogotá, le asiste el derecho de repetir por los costos en que incurra con ocasión del cumplimiento de este fallo de tutela ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud - FOSYGA.

QUINTO. 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

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencias SU-480 de 1997, T-283 de 1998, T-328 de 1998 y T-329 de 1998, entre otras.

2 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que

la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

3 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

4 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

5 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

6 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

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

8 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.