

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO  
SALA DE DECISIÓN PENAL  
MAGISTRADO PONENTE  
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011)

Aprobado por Acta No. 0618

Hora: 08:05 a.m

## 1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por la Directora Territorial (e) de la EPS-S CAPRECOM, contra el fallo proferido por la señora Juez Promiscuo del Circuito de la Virginia, con ocasión de la acción de tutela instaurada en su contra por el señor **JOSÉ GUSTAVO GALLEGO OSPINA**.

## 2.- DEMANDA

En su escrito de tutela manifestó el señor **JOSÉ GUSTAVO** lo siguiente: (i) desde el 02-04-10 se encuentra afiliado a régimen subsidiado de salud, a través de la EPS-S CAPRECOM; (ii) tiene diagnóstico de *enfermedad pulmonar obstructiva crónica no especificada, que no presenta mejoría de los síntomas, a pesar del uso de inhaladores y teofilina*; (iii) desde el 01-03-11 se ordenó la vacunación contra el *neumococo*, pero la EPS-S no la suministra por que según ellos, es un medicamento que no se encuentra

en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado; y (iv) es una persona de escasos recursos económicos que no está en la capacidad económica de pagar el valor de la citada vacuna, y la falta de ella afecta su calidad de vida, la dignidad humana y el derecho a la salud.

Por lo anterior le pidió al juez tutelar sus derechos fundamentales y disponer que la entidad asuma el costo de la vacuna ordenada por el médico tratante.

### 3.- TRÁMITE Y FALLO

**3.1.-** Correspondió el conocimiento al Juzgado Promiscuo del Circuito de la Virginia, despacho que admitió la acción contra la EPS-S CAPRECOM y vinculó a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

- La apoderada judicial de la *Secretaría de Salud Departamental de Risaralda* afirmó: (i) la vacuna contra el neumococo que solicita el actor, la tiene incluida el Ministerio de Salud en el Plan ampliado de inmunizaciones -PAI-, pero solo para menores de 5 años, en un esquema que se administra gratuitamente en el primer nivel de atención; (ii) la restricción en la edad de 5 años tiene su razón de ser en la efectividad que científicamente representa en menores, sin que se tenga certeza sobre los efectos en un adulto mayor como el accionante, puesto que según el profesional en medicina al servicio de su representada, eventualmente puede tener reacciones adversas; (iii) se desconoce si la EPS-S cumplió con el trámite ante el Comité Técnico Científico para definir su conveniencia terapéutica y proceder a su autorización, o sugerir al médico modificar el tratamiento ordenado, puesto que no se evidencia prueba siquiera sumaria de su agotamiento y al parecer se limitó a expedir un formato de negación; (iv) el señor **JOSÉ GUSTAVO** cuenta con 70 años de edad, lo cual lo ubica como sujeto de especial protección constitucional y legal, por tal motivo no le es dado a la aseguradora

fraccionar la atención debida a su afiliado, en detrimento de la salud del mismo.

De conformidad con lo anterior solicita ordenar a la EPS-S agotar los trámites que tenga a su alcance para autorizar el suministro de la vacuna formulada a su afiliado, o sugerir al médico tratante otras alternativas terapéuticas para el tratamiento del paciente, y en caso de que la judicatura resuelva tutelar los derechos del accionante, declarar que la Secretaría de Salud Departamental no ha vulnerado derecho alguno, por no ser la entidad que está en contacto directo con el paciente.

- *La EPS-S CAPRECOM* a través de su Directora Regional (e) manifestó: (i) la vacuna contra el neumococo se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud, excepto si se trata de menores de edad, por ese motivo el cubrimiento corresponde al usuario, ello de conformidad con lo dispuesto por en el Acuerdo 008 de 2009; (ii) se debe exhortar al petente para que en la brevedad posible ponga a disposición de esa entidad copia de la historia clínica donde se aprecie la consulta en la cual se ordenó el medicamento reclamado, fórmula original expedida por el especialista tratante, y el formato de justificación y solicitud de insumos no POS-S; y (iii) la obligación del suministro de elementos o servicios o procedimientos excluidos del POS-S recae por disposición legal en los entes territoriales, en este caso concreto la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, quien debe asumir su responsabilidad legal en el asunto.

Con base en la información anterior se solicita al juez de tutela negar el amparo deprecado por no existir vulneración a derecho alguno.

**3.2.-** Una vez recibidas las respuestas de las entidades vinculadas y en el término constitucional, el Juzgado de instancia decidió tutelar los derechos fundamentales a la salud, la vida digna, y la seguridad social del señor **JOSÉ GUSTAVO** y le ordenó a la EPS-S CAPRECOM que en un

término máximo de 48 horas suministrara la vacuna contra el neumococo; adicionalmente, facultó a la EPS para realizar el recobro ante el FOSYGA por el 100% de los gastos no POS en que incurra para el cumplimiento de la sentencia.

#### 4.- IMPUGNACIÓN

Dentro del término oportuno la Directora Territorial (e) de la EPS-S CAPRECOM reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, e indicó que la responsabilidad en el suministro de medicamentos excluidos del POS-S recae en los entes territoriales, es decir, la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda quien para ello acude a los denominados recursos del subsidio a la oferta.

Manifiesta que se solicitó comedidamente al despacho de primer nivel no violentar los procesos de ley, al ordenar servicios de salud sin el sustento cognoscitivo de los profesionales en este campo, puesto que los usuarios pretenden atenciones y servicios sin los debidos soportes médicos, y sin complementar a cabalidad las formas de atención hospitalaria, evadiendo el procedimiento científico del C.T.C que ordena la ley, el cual debe observarse no solo para salvaguardar la integridad física del usuario sino también para no afectar el correcto funcionamiento del sistema de atención y prestación de servicios de salud.

Adicionalmente indica que en caso de ordenar el suministro del tratamiento integral se debe especificar y determinar concretamente los procedimientos incluidos en la atención, puesto que de otra forma no se podrá dar cumplimiento a lo que decida el despacho; así mismo, disponer que la EPS-S puede ejercer el recobro de los medicamentos excluidos del POS-S ante la entidad territorial.

#### 5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de la Virginia, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000.

### **5.1.- Problema jurídico planteado**

Acorde con los argumentos presentados por la Directora Regional de EPS-S CAPRECOM, corresponde al Tribunal determinar el grado de acierto o desacierto de la sentencia de primer nivel que concedió el amparo.

### **5.2.- Solución a la controversia**

La acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

Para efectos del tema que se debe tratar es importante resaltar que el derecho a la salud hoy por hoy tiene categoría de fundamental *per se*. Así se ha venido tratando en diferentes sentencias en las que se ha analizado a fondo la problemática de la salud:

*“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’.<sup>1</sup> Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías*

---

<sup>1</sup> Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

*amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.*"<sup>2</sup><sup>3</sup>

Para el caso concreto la representante de la EPS impugnante plantea dos situaciones que se analizarán de forma separada de la siguiente manera: (i) lo que tiene que ver con el suministro de la vacuna para el neumococo ordenada por el médico tratante al señor **JOSÉ GUSTAVO**; y (ii) la facultad de recobro por el suministro de medicamentos no contemplados en Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

(i) *Suministro de la vacuna del neumococo en el caso concreto*

Para comenzar es preciso señalar que tal como lo definió la juez de primer nivel y lo reiteraron las entidades accionadas, la vacuna para el neumococo es un medicamento que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud y por ello para que a través de la acción de tutela pueda ordenarse el suministro de la misma, se deben reunir los presupuestos que de tiempo atrás se han exigido por la jurisprudencia para ello, esto es: a) imposibilidad de sustitución con otro elemento contemplado en el POS-S; b) que se requiera para mejorar las condiciones de salud del usuario; c) que sea formulado por un médico adscrito a la EPS o por conducto de ésta; y d) que se demuestre la carencia de medios económicos que imposibilite al afiliado asumir su costo<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> En la sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere "(...) *afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.*" En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

<sup>3</sup> Cfr. Sentencia T-060 del 31-07-2008, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>4</sup> Al respecto se puede consultar entre muchas otras, la sentencia 1079 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En concordancia con lo descrito por la a quo, para la Sala el caso puesto de presente cumple con la totalidad de los requisitos antes anotados por cuanto:

- Según la copia de la historia clínica que se aportó -ver folio 9-, el médico tratante del señor **GALLEGOS OSPINA** justificó la necesidad de suministrar la vacuna del neumococo al paciente, en el hecho de tratarse de una persona de 70 años de edad con una enfermedad pulmonar obstructiva crónica no especificada -EPOC-, que a pesar de haber sido tratada con otras opciones suministradas por el POS, no presentó mejoría de los síntomas, lo cual indica que efectivamente se agotó la posibilidad de brindar el tratamiento incluido en el POS, pero el mismo no fue efectivo

- La única justificación para acudir a la citada vacuna fue la búsqueda de la mejoría del paciente quien como ya se dijo, a pesar de los tratamientos practicados no había podido superar las dificultades físicas que causa el EPOC que padece, es decir, no se trata de un capricho del médico o del accionante sino de una alternativa necesaria para garantizar una digna calidad de vida.

- El profesional de la medicina que libró la orden médica se encuentra adscrito a la EPS-S CAPRECOM, y lo hizo con ocasión de una consulta especializada llevada a cabo el 01-03-11, fecha desde la cual el paciente tuvo que esperar a que la entidad se pronunciara, y al no obtener respuesta alguna acudió ante el juez constitucional a efectos de que interviniera en procura del respeto por sus derechos fundamentales.

- Frente a la incapacidad económica del señor **GALLEGOS OSPINA** para sufragar de manera particular el costo de la vacuna, se tiene que además de la manifestación hecha en el escrito de tutela, su edad, la falta de una pensión o renta mensual, y la condición de beneficiario del régimen

subsidiado de salud hace entendible creer que en realidad adquirir el medicamento resulta una carga desproporcionada, lo cual obviamente va en contra de su derecho fundamental a la salud.

Adicional a todo lo anterior se debe tener claro que el neumococo es “una bacteria que habitualmente puede encontrarse en la garganta o las vías respiratorias de los seres humanos, de tal modo que muchos de nosotros somos portadores de este germen -sin que produzca ninguna enfermedad-, pudiendo pasar de unos a otros a través del contacto estrecho[...]”,<sup>5</sup> la cual puede atacar con mayor facilidad a los niños y a las personas mayores, por lo que el caso del señor **GALLEGO OSPINA** quien cuenta con 70 años de edad y padece de un EPOC no especificado que no ha podido ser controlado por los médicos tratantes, se convierte en una situación de especial connotación a la que debe atenderse de manera prioritaria y especial, no por el contrario someterlo a una espera incierta como lo hizo la EPS-S CAPRECOM durante más de cuatro meses, sin tener en cuenta entre otras cosas que por su edad es considerado un sujeto de especial protección constitucional.

Para esta Sala la sola circunstancia de no estar consagrado un servicio en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, no es excusa para dejar de asumir el compromiso que se tiene por parte de las Entidades Prestadoras de Salud frente a sus usuarios; muy por el contrario, bajo una filosofía inspirada en la importancia de apersonarse de las necesidades de los afiliados, evitando el dejar al paciente con su problema para que emprenda la difícil tarea de dispensarse él mismo lo ordenado por su médico tratante, es obligatorio que las EPS-S activen el Comité Técnico Científico para que se estudie lo concerniente con el suministro del procedimiento, exámenes, medicamentos etc., que le han sido prescritos. Claro está, siguiendo las orientaciones pertinentes trazadas por la Corte.

---

<sup>5</sup> Cfr. <http://www.aepap.org/familia/vacneumo.htm>



Con lo anterior se busca entre otras metas, hacer que la atención se preste en consonancia con los principios que propugnan por considerar al usuario como persona digna y no simple sujeto de los tropiezos administrativos que regulan la atención dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud imperante en Colombia, de manera tal que las falencias en la atención no tengan que ser corregidas necesariamente por intermedio de la acción de tutela y que sean las mismas EPS las que den los pasos necesarios para suplirlas.

En el caso concreto aunque la representa de la EPS-S CAPRECOM pidió desde la contestación de la demanda informarle al usuario que debía allegar a esa entidad los documentos necesarios para que el Comité Técnico Científico procediera a hacer el estudio correspondiente, tal pretensión es totalmente injusta y desproporcionada puesto que se hace después de 4 meses de haber requerido el servicio y con ocasión de la acción constitucional instaurada por el paciente quien ha tenido que soportar la desidia y el olvido de la empresa encargada de prestarle los servicios básicos de salud.

(ii) *La facultad de recobro por suministro de medicamentos o procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.*

Como quiera que se determinó que la vacuna contra el neumococo autorizada a través de esta acción constitucional no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, es acertado disponer que la EPS-S pueda recobrar por el valor de esa prestación; sin embargo, aunque la juez de instancia cumplió con su deber en ese sentido, incurrió en un error que es preciso subsanar en esta instancia, y es exactamente el relacionado con la entidad frente a la cual la EPS-S debe ejercer el recobro, esto es, la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda -ente

territorial-, pero no ante el FOSYGA como erradamente se dispuso en el fallo.

La anterior afirmación en atención a que se trata de dos regímenes diferentes tal como lo ha expuesto la H. Corte Constitucional en diferentes providencias, y en especial en la sentencia orientadora del 31-07-08, T-760 de 2008 en la que específicamente se expresó: “[...] **Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.** Indica el artículo 43 de esa norma: “Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...) 43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. || 43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental”. [...]” -negritas nuestras-

Para culminar hay que advertir que con extrañeza se observa que la *a quo* guardó silencio respecto de la obligación que le compete a la EPS-S de suministrar el tratamiento integral que llegare a necesitar el actor, debido a los padecimientos puestos en conocimiento durante la presente actuación, por lo cual se hace necesario entonces adicionar el fallo en ese sentido, aclarando eso sí, que de conformidad con lo dispuesto por la ley 715 de 2001, la EPS-S CAPRECOM queda facultada para efectuar el recobro ante la Secretaría de Salud de Risaralda por el 100% del valor de las prestaciones no POS-S que sean suministradas con ocasión de este fallo de tutela.

Con fundamento en lo expuesto, se avalará parcialmente el proveído impugnado, en cuanto se modificará el numeral tercero de la parte resolutive de la misma y en su defecto se autorizará a la EPS-S CAPRECOM para que recobre ante la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, por los procedimientos o medicamentos no POS-S que llegare a suministrar en cumplimiento a la orden impartida en esta acción de tutela, adicionalmente, se ordenará a la EPS-S que garantice el tratamiento integral que llegare a requerir el señor **JOSÉ GUSTAVO** con ocasión de la patología puesta de presente en este asunto.

## 6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

**PRIMERO: SE CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia de tutela objeto de este proferimiento en cuanto tuteló los derechos fundamentales a la salud y la vida digna del señor **JOSÉ GUSTAVO GALLEGOS OSPINA**.

**SEGUNDO: SE MODIFICA** el numeral tercero de la parte resolutive de sentencia objeto de alzada, en el sentido de autorizar a CAPRECOM EPS-S el recobro por el 100% de los gastos en que incurra al dar cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia, pero ante la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda

**TERCERO: SE ADICIONA** la providencia en el sentido de disponer que la EPS-S CAPRECOM deberá garantizarle al señor **JOSÉ GUSTAVO GALLEGOS OSPINA** el tratamiento integral que llegare a requerir con ocasión de la patología puesta de presente.

**CUARTO:** Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

El Secretario de la Sala,

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES