

JUZGADO VEINTICINCO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., once de octubre de dos mil veintiuno.

Acción de tutela No. 110013103 025 2021 00401 00

Procede el Despacho a resolver sobre la acción de tutela formulada por la señora Leydy Tatiana Rojas Ramírez, actuado como representante legal del menor Samuel Hernando Velásquez Rojas, contra Nueva Eps S.A. y dentro de la cual se vinculara al Hospital Universitario San Ignacio, a Programa Madre Canguro Integral Ltda., a la Caja Colombiana del Subsidio Familiar Colsubsidio y al Hospital Universitario Clínica San Rafael.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretende la accionante el amparo de proteja el derecho al mínimo vital en consonancia con el derecho a la salud y protección integral en seguridad social de su menor hijo y, en consecuencia,

“1-. Solicito al señor Juez de tutela se me proteja EL DERECHO AL MINIMO VITAL EN CONSONANCIA CON EL DERECHO A LA SALUD Y PROTECCION INTEGRAL EN SEGURIDAD SOCIAL, y se ordene a LA NUEVA E.P.S. a dar la autorización completa en los términos requeridos por mi menor hijo DEL MEDICAMENTO PALIVIZUMAB ordenado por la médico tratante del PROGRAMA MADRE CANGURO INTEGRAL LTDA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ, aplicándose las dosis en cantidades requeridas.

2-. Que como consecuencia de que se tutelen los derechos fundamentales de mi menor hijo SAMUEL HERNANDO VELASQUEZ ROJAS se ordene al mi accionado a no imponer trámites innecesarios para acceder a las terapias, medicamentos y exámenes médicos, ni desvincular del PROGRAMA MADRE CANGURO INTERAL LTDA del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO DE BOGOTA.”

1.2. Como fundamentos fácticos expuso que se encuentra afiliada como cotizante en la Eps accionada desde el mes de octubre del año anterior, y que con ocasión a su embarazó que fue de alto riesgo al padecer preclamsia, le fue inducido su parto por los galenos del Hospital Universitario San Ignacio, naciendo su hijo Samuel Hernando Velásquez Rojas, el día 25 de mayo del año en cuso, siendo prematuro dicho nacimiento al tener 31 semanas aproximadamente.

Indicó que en virtud de lo anterior, su hijo, debió estar hospitalizado alrededor de un mes, donde padeció “Displasia Broncopulmonar”; en dicho centro hospitalario, fue allí en donde ella y su hijo fueron inscritos al programa MADRE CANGURO INTEGRAL LTDA., del mismo hospital.

Afirmó que a fin de tratar la displasia broncopulmonar, se debe seguir un tratamiento mensual con el medicamento *PALIVIZUMAB*, puesto que los menores prematuros son más vulnerables al *síndrome de dificultad respiratoria del recién nacido*, el cual puede ocasionar que se le inflamen los pulmones y tener que ser internados en unidades de cuidados intensivos.

Resaltó que a pesar de habersele formulado el fármaco en mención, a su hijo sólo se le aplicó la primera dosis el día 21 de junio de 2021; no obstante la segunda dosis que debía aplicarse el día 21 de julio del año en curso no le fue aplicada, y a pesar que le fueron ordenadas más dosis, la accionada no las autoriza y cuando se ha generado la autorización, ha sido demasiado tarde, atendiendo que la cantidad de medicamento debe ser superior, no sirviendo dicha autorización.

Arguyó que los tratamientos de terapias físicas y demás exámenes en la accionada, requieren autorización, desconociéndose que su menor por haber nacido de forma prematura, requiere atención prioritaria burlando así la convocada por pasiva, con su deber constitucional de otorgar la protección a los menores en seguridad social de los menores y afiliados al sistema.

1.3. Asumido el conocimiento de la presente causa por parte de este estrado judicial, se accedió a la medida provisional deprecada en la súplica constitucional y se dispuso oficiar a las conminada y a las vinculadas para que rindieran un informe detallado sobre las manifestaciones contenidas en el escrito de tutela y, asimismo, remitieran copia de la documentación que para el caso en concreto correspondiera.

1.4. Dentro del término legal concedido la Nueva Eps S.A., indicó que frente al cumplimiento de la medida provisional, remitió al área respectiva para lo de su cargo y se informaría lo pertinente a este estrado judicial.

Resaltó que tanto la promotora de la acción y su hijo se encuentran activos en dicha Eps; así mismo, expuso los fundamentos legales para las exigencias de autorizaciones, su vigencia, frente a los insumos y medicamentos puso de presente el procedimiento que ha de seguirse a fin de realizarse la entrega efectiva de estos.

Por otra parte realizó una exposición del modelo de atención de dicha Eps; sin embargo se opuso a la concesión de un tratamiento integral, peticionando a este judicial la negatoria del amparo constitucional y de accederse a ducha

protección se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

1.5. Por su parte los vinculados se manifestaron de la siguiente forma:

1.5.1. El Hospital Universitario San Ignacio, precisó que al ser una Ips, no es el llamado a responder de la suplicas de la acción de tutela, ya que dichas obligaciones corresponden a la Eps a la cual se encuentra afiliado el paciente, resaltando que dicho centro hospitalario en ningún momento ha denegado o desconocido derecho fundamental alguno del accionante.

1.5.2. El Hospital Universitario Clínica San Rafael, manifestó que en atención a la pretensiones de la acción constitucional, su área de salud se comunicó con la Eps accionada, quien les informó que el paciente ya contaba con la autorización para la aplicación del medicamento desde el 01 de octubre del año en curso, en el Hospital San Ignacio, por lo que de tal forma al estar acreditado el hecho superado y una eventual carencia de objeto de la acción, esta deberá ser negada.

1.5.3. Caja Colombiana de Subsidio Familiar-Colsubsidio, informó que al realizar la verificación con la línea de Eps accionada, se les puso de presente que el paciente tiene direccionamiento respecto del medicamento indicado en la súplica constitucional a la Clínica San Rafael; sin embargo, se les confirmó que el menor tiene una solicitud de cambio radicada el día 29 de septiembre de 2021, en la cual peticionaron el cambio a la clínica San Ignacio.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa afirmó que es de la mayor importancia puntualizar que el medicamento PALIVIZUMAB 100 Solución Inyectable, es un medicamento de manejo hospitalario (Se remite a las IPS del paciente o donde la EPS indique), lo que indica que no se hace dispensación directa al paciente si no a la IPS tratante por instrucción de la Nueva EPS, por lo que no es responsabilidad de Colsubsidio autorizar la entrega del medicamento.

Así las cosas alegó en su defensa la falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia de vulneración alguna de los derechos del por parte de dicha Caja, por lo que la acción constitucional frente a esta resulta improcedente, debiéndosele desvincular de la misma.

1.5.4. Por su parte Programa Madre Canguro Integral Ltda., dentro del término de traslado guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES

2.1. La acción de Tutela es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a la vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas, y en algunos casos de los particulares, siempre que no se disponga de otra vía judicial expedita para ello, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al tenor de lo preceptuado en los artículos 1º, 5º y 8º del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Con relación al Derecho Fundamental a la Salud la Corte Constitucional, ha sostenido que *“...el derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo.”*¹

Esa Corporación igualmente ha sostenido que la protección constitucional del derecho a la salud tiene su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como *“la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aún cuando biológicamente su existencia sea viable”*²

Ahora bien, frente a la especial protección de los derechos a la salud de niños, niñas y adolescentes, el máximo Tribunal de lo constitucional, puntualizó:

5.2 Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, en el cual se establecen como derechos fundamentales de estos sujetos “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Precisa la misma disposición constitucional que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

¹ Corte Constitucional, Sentencia T -737 de 17 de octubre de 2013. M. P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

² Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014, reiterada T- 131 de 2015

5.3 En el ámbito internacional los derechos fundamentales de los niños gozan igualmente de un amplio reconocimiento y de una especial protección. Por un lado, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece que “[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”. Todo esto reflejado en los mismos términos en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales los cuales prevén en su articulado disposiciones orientadas a salvaguardas de manera prioritaria los derechos de los menores.

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3.1 se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.³

2.3. Como primera medida, ha de puntualizar este estrado judicial, que la Eps accionada, hasta el momento de proferirse el presente fallo no acreditó ni siquiera el cumplimiento de la orden perentoria impartida en el auto de fecha 29 de septiembre del año en curso, por medio del cual se admitió la acción de tutela y se concedió la medida provisional deprecada en dicho recurso de amparo.

Nótese que frente a dicho cumplimiento se indicó que se remitió al área respectiva y que se informaría lo pertinente; sin embargo, a este momento, nada se acreditó frente al particular, incumpléndose la orden perentoria por parte de este estrado judicial, dictada en aras de salvaguardar el derecho a la salud del menor Samuel Hernando Velásquez Rojas y atendiendo el criterio del médico tratante.

Así las cosas, al no existir probanza alguna que permita establecer que al menor en mención, la convocada por pasiva le haya suministrado y aplicado el medicamento PALIVIZUMAB 100MG/1ML (SOLUCION INYECTABLE*1ML), en los términos y condiciones establecidos en la fórmula médica de fecha 7 de septiembre de 2021, por parte del médico tratante, no se puede si quiera estudiar o aplicar el hecho superado o la carancia actual de objeto, como someramente lo deprecó el vinculado Hospital Universitario San Ignacio.

Conforme lo anterior, no existe duda alguna que el amparo constitucional deberá prosperar, ello por cuanto no solamente se acreditó que al infante Velásquez Rojas, le fue formulado el fármaco en mención y no se le ha aplicado en las dosis establecidas, sino que adicionalmente existe probanza que la Nueva Eps S.A., inclusive ha negado su autorización como se desprende de la

³ Corte Constitucional, sentencia T-010 de 2019

historia clínica del paciente, puesto que se afirma que “...paciente candidato para aplicación de alivizumab por sus antecedentes, ya se había generado la orden para la primera dosis la Eps no la autorizó, asiste para reformulación.”

Lo anterior, sin que en la contestación de la súplica constitucional exista pronunciamiento sobre el particular, por la accionada, en donde se evidenciaran los argumentos que le sirven para negar la autorización de un medicamento recetado por el galeno tratante a un bebe prematuro, resaltándose adicionalmente que dicha contestación corresponde más a un mero formato, que a una respuesta respecto de los hechos y lo pedido en la acción constitucional, por lo que este estrado mantendrá la presunción de veracidad de los fundamentos fácticos de esta y se ordenará a la accionada que se abstenga de negar la autorización del precitado medicamento, cuando el médico tratante lo formule, así como la imposición de barreras administrativas de dicha índole, que impidan el acceso a los servicios de salud del menor.

Frente a la negativa de suministrar un medicamento a un paciente, encuentra este juzgador que sobre dicho particular se ha pronunciado la H. Corte Constitucional destacando que, en virtud del principio de continuidad, los usuarios tienen derecho a recibir el medicamento o tratamiento en las condiciones y tiempo señaladas por el médico tratante y precisando que, cualquier cambio en la prescripción médica le debe ser informado, al respecto, ha manifestado:

“en materia de prestación de la atención en salud, los usuarios gozan de la garantía de no interrupción del suministro del tratamiento médico iniciado. Esta es la faceta de continuidad del derecho fundamental a la salud. A propósito, en el apartado [4.4.6.4.] de la sentencia T-760 de 2008, la Corte sostuvo que todos los usuarios del Sistema Público de Salud tienen derecho a acceder a los servicios que requieran (medicamentos, procedimiento o exámenes), en la cantidad ordenada por el médico tratante, con la calidad necesaria para el restablecimiento de su salud, y sin que existan interrupciones injustificadas en el suministro.”

“Hay que agregar que la continuidad en la prestación de los servicios de salud no se protege exclusivamente en razón de los principios de efectividad y eficiencia, sino también, en virtud de su estrecha relación entre el acceso efectivo al Sistema de Salud, como servicio público, y el postulado de confianza legítima, derivado del principio de la buena fe (art. 83 de la C.P.), según el cual, los ciudadanos gozan de la certeza de que su entorno no sufra modificaciones abruptas que no desarrollen un fin constitucional legítimo. En el ámbito de la salud, tal certeza se materializa en la garantía de que a los afiliados no se les interrumpirá injustificadamente su tratamiento médico.”⁴

Se tiene que esa Corporación, sostuvo en sentencia T-381 de 2016, que *“la continuidad en la prestación del servicio de salud también conlleva el derecho*

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-314 de 2015, MP. MP. María Victoria Calle Correa.

del paciente de recibir la misma presentación del medicamento que se le está suministrando. Si bien las entidades prestadoras y promotoras de salud pueden realizar cambios en la marca, laboratorio fabricante del medicamento que suministran a un paciente diagnosticado con una enfermedad catastrófica, éstos deben estar justificados en los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad e informados al paciente o usuario.”

En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado que en consulta médica realizada el pasado 07 de septiembre de 2021, el médico tratante prescribió a la paciente “PALIVIZUMAB 100MG/1ML (SOLUCION INYECTABLE*1ML)”, sin que como ya fuera expuesto, se haya acreditado su aplicación, por lo que en tal sentido se dispondrá y así mismo se deberá proceder en el evento que nuevamente se formulen más dosis al menor.

Ahora bien, frente a que el medicamento o la atención del menor se realice en una Ips en especial, este estrado judicial no puede impartir una orden en tal sentido, ello por cuanto la Eps accionada es quien determina conforme sus convenios o contratos la Ips que debe prestar los servicios de salud a sus afiliados, luego, frente a dicho particular, la aseguradora goza de autonomía, puesto que “...*, es cierto que los afiliados tienen derecho a elegir la I.P.S. que les prestará los servicios de salud, pero esa elección debe realizarse “dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado, con la excepción de que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, cuando la EPS expresamente lo autorice o cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios”*⁵.

Finalmente frente al tratamiento integral del cual habló la Eps accionada y lo referente al recobro al ADRES, este estrado judicial pone de presente que el mismo no fue petitionado en la acción de amparo, ni de los medios de convicción allegados y recopilados, se hace necesario otorgar dicho tratamiento, razón por la cual este estrado judicial no se pronunciará al respecto.

3. CONCLUSIÓN

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-069 de 2018.

En estas condiciones la acción promovida deberá concederse puesto que se encuentra vulnerado el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud y se dispondrá la aplicación del medicamento prescrito el 07 de septiembre de 2021, así como en el evento que nuevamente se formulen más dosis al menor, por parte del médico tratante.

Así mismo se ordenará a la accionada que se abstenga de negar la autorización del precitado fármaco, cuando el galeno tratante lo formule, así como la imposición de barreras administrativas de dicha índole, que impidan el acceso a los servicios de salud del menor.

4. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Con fundamento y apoyo en lo dicho, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

4.1. Conceder a Samuel Hernando Velásquez Rojas la tutela encaminada a la protección al derecho fundamental a la salud.

En consecuencia, se dispone:

4.1.1. Ordenar a Nueva Eps S.A, que a través del Gerente Regional de Bogotá, señor German David Cardozo Alarcón, identificado con la cédula de ciudadanía No.79.541.744, o quien haga sus veces, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de esta providencia, aplique al menor Samuel Hernando Velásquez Rojas, el medicamento “PALIVIZUMAB 100MG/1ML (SOLUCION INYECTABLE*1ML)” en los términos prescritos en la fórmula médica del día 07 de septiembre de 2021.

4.1.2 Ordenar a Nueva Eps S.A, que a través del Gerente Regional de Bogotá, señor German David Cardozo Alarcón, identificado con la cédula de ciudadanía No.79.541.744, o quien haga sus veces, se abstenga de negar la autorización del fármaco referido en el numeral anterior, cuando el galeno tratante lo formule al menor Samuel Hernando Velásquez Rojas, así como que se abstenga de imponer barreras administrativas de dicha índole, que impidan el acceso a los servicios de salud del menor.

4.2 Notificar este fallo conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4.3 Remitir a la Corte Constitucional para su eventual revisión, la presente decisión, de no ser impugnada.

Cúmplase.

El Juez,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end, positioned above the name.

JAIME CHÁVARRO MAHECHA

hmb