

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., trece (13) de octubre de dos mil veintiuno (2021). Al Despacho de la señora Juez el expediente No. **2021-00483**, informando que la Nueva E.P.S. allegó la contestación ordenada y a la fecha se encuentra para resolver la presente **ACCIÓN DE TUTELA**. Sírvase proveer.

ANA RUTH MESA HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., trece (13) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

I. ANTECEDENTES

La señora Jesica Paola Lugo Mata, identificada con C.C. 1.019.078.248 de Bogotá, instauró acción de tutela en contra de la Nueva E.P.S., por la presunta vulneración de sus los derechos fundamentales a la vida, la salud e integridad personal.

Como fundamento de sus pretensiones narró que la negativa por parte de la Nueva E.P.S. de realizarle los exámenes requeridos u otorgarle los medicamentos que necesita por no estar incluidos en el plan obligatorio de salud, configura una violación de su derecho fundamental a la salud, ya que sus omisiones ponen en riesgo su calidad de vida, dignidad humana e integridad personal.

Señaló que padece de la enfermedad de Linfoma de Hodking en recaída post trasplante; la cual, de no ser tratada; podría ocasionar graves deterioros de su salud e inclusive su muerte.

Como consecuencia de los anteriores hechos, solicitó la tutela de su derecho fundamental a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida y que se ordenara a la Nueva E.P.S. suministrarle el tratamiento, procedimiento o medicamento PEMBROLIZUMAB 100MG/4ML.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

La presente acción fue admitida mediante auto del 04 de octubre de 2021. Allí se ordenó librar comunicación a la accionada para que rindiera

un informe detallado acerca de cada uno de los hechos y pretensiones enunciados por la parte accionante.

La **NUEVA E.P.S.** dio contestación el 05 de octubre de 2021, exponiendo que la accionante se encuentra afiliada y en estado activo en el régimen contributivo categoría A.

Manifestó que, ha asumido todos los servicios médicos requeridos por la tutelante para el tratamiento de sus patologías durante todo el tiempo que ha permanecido afiliada a la entidad, siempre que estos servicios se encontrasen dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad impartida para proteger la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social.

Agregó, que garantiza la prestación de sus servicios, dentro de su red de prestadores, de conformidad con lo ordenado por el médico tratante y de conformidad con la resolución 2481 de 2020 y demás normas concordantes y que deben tenerse en cuenta las exclusiones consagradas en la resolución 244 de 2019 respecto de los servicios o tecnologías de la salud aplicables al caso concreto.

Aseguró que no ha vulnerado o puesto en riesgo ningún derecho constitucional fundamental de la tutelante al estar ceñida a la normatividad aplicable en materia de Seguridad Social en Salud, y, por ende, esta acción carece de objeto. Que prueba de ello es la ausencia de cartas de negación de servicios de salud de su parte, además de que es necesario que exista una orden médica que prescriba los servicios o tecnologías solicitados.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si se vulnera el derecho fundamental a la salud de la señora Jesica Paola Lugo Mata por el proceder de la NUEVA E.P.S., y cuáles son las consecuencias jurídicas de ello.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competente este Despacho para conocer de la presente acción constitucional, con fundamento en el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del art. 1° del D. R. 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017.

2. Del Derecho fundamental a la vida y a la salud.

La relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud es innegable y, como parte de ello, dos han sido las teorías para llegar a la protección

del derecho a la salud. La primera no permitía la protección singular del derecho a la salud, debido a que no era objeto de aplicación inmediata, por lo que se suponía que el mismo se encontraba conexo al derecho a la vida. La segunda, y actualmente aplicada, hizo confluir distintas garantías constitucionales para reconocerle autonomía al derecho fundamental a la salud y hacer efectiva su aplicación por sí sola; así lo sintetizó la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2018:

"La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida – sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho[20]–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).

Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela".

Esto implica que la acción de tutela que nos ocupa debe ser estudiada examinando los diversos componentes normativos, jurisprudenciales, conceptuales y dogmáticos del derecho a la salud, evaluándolo de forma autónoma, eso sí, sin desconocer su correlación con el derecho a la vida.

Respecto del derecho que presuntamente ha sido objeto de vulneración, es decir, el derecho fundamental a la salud, debe decirse que éste fue elevado a rango constitucional en el canon 49 de la Carta Política y posteriormente adquirió el rango fundamental en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que previó:

"ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades

de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

Con fundamento en la norma arriba señalada, la Corte Constitucional en sentencia T-314 de 17 de junio de 2016, sostuvo frente a la protección del derecho a la salud, que:

"El derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples derechos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros”

Reforzando tal postura, la Corte ha expuesto, en sentencia T-361 de 2014, que la dignidad humana se concatena con derechos fundamentales como la salud y que dichos derechos pueden verse birlados cuando no se garantizan las prestaciones que el ordenamiento jurídico interno pone en cabeza de determinada persona:

"Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo”.

En cuanto a los servicios que deben ser prestados por las entidades encargadas de garantizar el acceso a la salud, palmario es que deben ser suministrados atendiendo los criterios de oportunidad, eficiencia, calidad

e integralidad, pues ello va ligado al respeto por el derecho fundamental a la salud:

"Este Tribunal ha resaltado que uno de los problemas más recurrentes en la prestación del servicio de salud es la imposición de barreras administrativas y burocráticas que impiden el acceso efectivo a los usuarios e, incluso, extienden su sufrimiento. Cuando se afecta la atención de un paciente con fundamento en situaciones extrañas a su propia decisión y correspondientes al normal ejercicio de las labores del asegurador, se conculca el derecho fundamental a la salud, en tanto se está obstaculizando por cuenta de cargas administrativas que no deben ser asumidas por el usuario.

La jurisprudencia ha destacado que en esos casos se infringen los principios que guían la prestación del servicio a la salud teniendo en cuenta que "(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)". Sentencia T-405 de 2017.

La oportunidad y eficiencia en la entrega de medicamentos no sólo encuentra su asidero en la jurisprudencia constitucional, sino que también tiene su fundamento en el rango legal, tal y como se denota en el artículo 131 del Decreto Ley 19 de 2012:

"ARTÍCULO 131. SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán la obligación de establecer un procedimiento de suministro de medicamentos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, a través del cual se asegure la entrega completa e inmediata de los mismos.

En el evento excepcional en que esta entrega no pueda hacerse completa en el momento que se reclamen los medicamentos, las EPS deberán disponer del mecanismo para que en un lapso no mayor a 48 horas se coordine y garantice su entrega en el lugar de residencia o trabajo si el afiliado así lo autoriza.

Las anteriores consideraciones exaltan la obligación inexorable que tienen las E.P.S. de suministrar y/o autorizar los medicamentos y demás procedimientos que hacen parte del Plan de Beneficios en

Salud. De otra manera, la Corte Constitucional ha descrito que el acceso a medicamentos no incluidos en dicho plan es de vital importancia para garantizar la concreción del derecho fundamental a la salud en un Estado Social de Derecho y ha definido las reglas bajo las cuales deben hacerse dichas concesiones, tal y como ha quedado expuesto en la sentencia T-336 de 2018:

"Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están a cargo del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas en cada caso concreto.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios para todos los afiliados".

Para el caso bajo estudio, una vez efectuadas las consideraciones que preceden, observa el Despacho que la accionante se encuentra válidamente afiliada al régimen contributivo Categoría A en la Nueva E.P.S. S.A., como bien se acredita por parte de la entidad promotora de salud accionada.

Al respecto, si bien no hay prueba de la existencia de cartas de negación del servicio de salud que determinen el rechazo de la entidad en cuanto a la entrega del medicamento PEMBROLIZUMAB 100MG/4ML, como lo afirma en la contestación a esta acción constitucional; lo cierto es que tampoco obra constancia de la entrega de dicho fármaco y no se negó la radicación de la orden médica, pues nótese que la promotora de la acción allegó dichos documentos en los que se prescribió aquel a nombre de la señora Jesica Paola Lugo Mata, específicamente en la fórmula médica No. 0001914438 del 27 de septiembre de 2021 con sello del médico tratante Jaime Fernando Vales Céspedes especialista en hematología y en las ordenes clínicas expedidas por el Instituto Nacional de Cancerología ESE., todas con el mismo sello y en la parte final un sello de recibido de la Nueva E.P.S., en la misma data.

Entonces, se tiene que el motivo de inconformidad de la tutelante se relaciona con la responsabilidad de la Nueva E.P.S., en lo que atañe a su posición de garante del suministro de bienes y servicios en salud, encontrando el Despacho que, conforme con los fundamentos precitados, las entidades promotoras de salud tienen la obligación primaria de suministrar los medicamentos ordenados por el médico tratante, lo que quiere significar que no se desligan de su responsabilidad con el argumento de que no existen cartas de negación de la prestación del servicio que demuestren su omisión, puesto que su tarea se encuentra cumplida cuando el afiliado efectivamente cuenta con el medicamento que le fue prescrito.

Por otra parte, tampoco se evidencia que se le diera solución alguna a la tutelante sobre el procedimiento que debería seguir para poder acceder a su medicamento y tratamiento, el cual específicamente y como consta en su fórmula médica debe ser de la siguiente manera:

*" Nombre genérico: pembrolizumab 11mg/40ml (25mg/1ml). -
Indicación: dosis: 200mg IV cada 3 semanas. -Dosis: 200 mg
(miligramos). -Via: Intravenosa. -Frecuencia: cada 24 horas.
-Días tratamiento: 1. -Cantidad: DOS (2) VIA."*

Se aprecia, que la tutelada no indica si el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad.

Además, respecto a la expedición de las autorizaciones se tiene que las prescripciones antes mencionadas datan del 27 de septiembre de 2021,

no siendo más de una semana antes la interposición de la acción constitucional latente, por lo que se encuentran vigentes. Así las cosas, no es de recibo la simple negativa tácita por parte de la entidad, al recibir una orden médica y no darle cumplimiento, sin que por lo menos se redireccionara a la afiliada a una I.P.S., en la que se haga cierto su derecho y sin que medie razón alguna que justifique siquiera la imposibilidad del otorgamiento, no quedándole una vía por la cual pueda hacer efectiva su orden médica más que esta.

En conclusión, es evidente la omisión a la entrega del medicamento y tratamiento prescrito por parte de la accionada, por lo que, en este punto, se encuentra vulnerado el derecho fundamental a la salud de la actora.

I. DECISIÓN

En razón a lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **AMPARAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD** de la señora JESICA PAOLA LUGO MATA, identificada con C.C. 1.019.078.248, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: **ORDENAR** al doctor Javier Canal Quijano, Gerente Regional de Bogotá de la Nueva E.P.S., y/o al funcionario que haga sus veces, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, proceda a autorizar las órdenes médicas aportadas por la tutelante a la presente acción de tutela, garantizando el suministro del medicamento PEMBROLIZUMAB en la estricta forma de la orden médica No. 0001914438 del 27 de septiembre de 2021, si no lo hubiere efectuado.

TERCERO: **PREVENIR** a la NUEVA E.P.S para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en conductas omisivas o negligentes en la prestación de sus servicios, toda vez que ello atenta contra las garantías constitucionales de los usuarios y desconoce su obligación de garantizar la prestación real, efectiva y oportuna de los servicios de salud.

CUARTO: **ADVERTIR** a la accionada que el incumplimiento a esta decisión acarreará las sanciones correspondientes y que deberá informar al Despacho sobre el cumplimiento de la orden aquí impartida.

QUINTO: **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico, de conformidad con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada COVID-19.

SEXTO: **ENVIAR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,



YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

NAP