



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

REFERENCIA:	ACCIÓN DE TUTELA
ACTOR:	MIGUEL AREVALO CAMARGO
ACCIONADO:	NUEVA EPS Y OTROS
RADICADO:	150013333008 2019 0095 00

I. LA ACCIÓN

El señor **MIGUEL AREVALO CAMARGO**, quien actúa en nombre propio instaura acción de Tutela contra de **NUEVA EPS Y OTROS**, con el ánimo que le sean amparados sus derechos a la salud y vida, consagrada en la Constitución Política.

1. Fundamentos facticos (ff. 2 a 3)

Los cuales, se resumen así;

1. El 10 de enero de 2019 se realizan exámenes de endoscopia y colonoscopia lo cuales arrojan resultados junto con la biopsia, diagnosticando lesión ulcerada de aspecto tumoral extenso y avanzada de cuerpo y antro gástrico.
2. Diagnosticaron TUMOR MALIGNO DE LA CURVATURA MENOR DEL ESTOMAGO.
3. Después de obtener estos resultados se inicia procedimiento con oncología.
4. La clínica Cancerológica ordena procedimiento de quimioterapias las cuales se inician con cuatro fases cada 21 días.
5. Se inicia la primera quimioterapia el día 25 de febrero de 2019 donde se ordenan los siguientes medicamentos; DOCETAXEL VIAL X 80 MG, FLUOROURACILO VIAL 500 MG, FOLINATO DA CALCIO VIAL 50 MG, OXALIPLATINO VIAL DE 100 MG, ONDANSETRON AMPOLLA POR 8 MG, ONDANSETRON TABLETA X 8 MG, los cuales fueron autorizados por la EPS sin ninguna restricción.
6. La segunda quimioterapia se inicia el 16 de abril de 2019 donde se solicitaron los mismos medicamentos, y fueron autorizados sin ningún inconveniente y adicionaron el medicamento PEGFILGRASTRIM JERINGA PREX 6 MG el cual fue negado en varias ocasiones, hasta obtener una respuesta positiva.
7. Para la tercera quimioterapia se tiene el mismo esquema de medicamentos de las dos anteriores, presentando inconveniente al no ser autorizado el OXALIPLATINO VIAL 100 MG medicamento esencial para poder realizar esta quimioterapia.

2. Peticiones (ff. 2-3 v)

Son las que a continuación el Despacho resume:

Que se ampare el derecho a la salud, a la vida del accionante y en consecuencia:

- a. Ordenar a la NUEVA EPS que suministre el medicamento OXALIPLATINO, para continuar con el ciclo de quimioterapia.
- b. Se ordene el tratamiento integral.

II. TRAMITE

1. De la Admisión y Notificación.

La presente acción de tutela fue radicada el **20 de mayo de 2019**, y allegada a este despacho en esa misma fecha, tal como consta en acta de reparto visible a f. 22, dirigida en contra de la NUEVA EPS.

Admitida mediante auto de fecha veinte (20) de mayo de la presente anualidad, (ff. 23-25), declarando la medida cautelar ordenando la entrega del medicamento denominado OXALIPLATINO, se ordenó además vincular a la CLINICA MEDILASER S.A. Y CLINICA CANCEROLOGICA DE BOYACA. Por Secretaria se procedió a notificar a la entidad accionada y a las vinculadas tal como se evidencia a f. 26 - 27, concediéndole el término de dos días para que se pronunciara sobre las pretensiones de la acción, e informara sobre lo pertinente.

2. Contestación de la tutela.

2.1. Clínica Medilaser S.A. (ff. 30 a 32).

La entidad vinculada, dentro de los dos días siguientes a la notificación procedió a contestar la tutela, señalando;

Frente a las razones expuestas por el accionante, y en especial con lo referente a ordenar la entrega del medicamento oxaliplatino vial 100 mg medicamento esencial para realizar la quimioterapia correspondiente. Señalan que la clínica Medilaser S.A, le presto los servicios al accionante por el área de consulta externa en acompañamiento de los especialistas necesarios para ofrecer el servicio requerido, para los días 03, 10, 19 de enero y 7 de febrero del presente año.

Por tal razón, la entrega de dicho medicamento, no es responsabilidad de la clínica Medilaser S.A., puesto que no está dentro de los servicios habilitados por la clínica, adicional a ello es importante manifestar que quien tiene la responsabilidad es la EPS.

2.2. CLINICA CANCEROLOGICA DE BOYACA (ff. 40 y v).

Señala que el Accionante ha sido diagnosticado con cáncer de estómago estadio III, que el médico tratante le ordeno quimioterapia con intención curativa a fin de realizar reducción del tumor y posterior cirugía, el esquema ordenado fue FLOT el cual incluye los medicamentos DOCETAXEL, OXALIPLATINO, entre otros, este esquema es actualmente el tratamiento de quimioterapia de elección para el cáncer gástrico debido a que se ha demostrado en múltiples estudios multinacionales los mejores tiempo es de respuesta y sobrevida para esta patología oncológica.

Concluyen manifestando que el oxaliplatino es indispensable para el tratamiento de la enfermedad que padece el paciente, de negarse la autorización el esquema quedaría incompleto, no podrían aplicarlo y el médico tratante se vería obligado a cambiar el esquema por una segunda línea con menor efectividad demostrada.

2.3. NUEVA EPS (ff. 61-68):

Señala que es pertinente informar al Despacho que la NUEVA EPS S.A. ha venido asumiendo todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido por el accionante, desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha solicitado, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentren dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que para efectos de viabilidad del sistema general de seguridad social en salud, ha impartido el estado colombiano. Conforme a lo anterior, LA NUEVA EPS presta los servicios de salud dentro de su red de prestadores según lo ordenado por el médico tratante y de acuerdo con la Resolución 5857 de 2018 y demás normas concordantes.

III. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico;

Consiste en determinar si la entidad accionada y las vinculadas, vulneran los derechos fundamentales a la salud y vida del señor MIGUEL AREVALO CAMARGO, al no expedirse las autorizaciones para la *"entrega del medicamento denominado OXALIPLATINO para continuar con el ciclo de quimioterapia, se continúe con el tratamiento integral"* ya que cuenta con un diagnóstico de *"tumor maligno de la coyuntura mayor del estómago"*

Para resolver este problema procederá el Despacho a analizar los siguientes aspectos: **i)** De la procedencia de la acción de tutela. **ii)** El derecho fundamental a la salud bajo la Ley 1751 de 2015. **iii)** Del derecho a la salud y vida digna de personas de especial protección. **iv)** Del análisis probatorio y del caso concreto.

1. Procedencia de la acción de tutela

a. Legitimación por activa

La Constitución Política en su artículo 86 establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas, y, excepcionalmente de los particulares, en los casos específicamente previstos por la ley.

Acorde con lo anterior, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, establece lo siguiente:

"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. (Subraya fuera de texto)

También podrá ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales."

En el caso sub-examine, la accionante es persona mayor de edad que actúa en nombre propio, en defensa de sus derechos e intereses, que además se encuentra con un estado de salud delicado, razones por las cuales se encuentra plenamente legitimado para instaurar la presente acción.

b. Legitimación por pasiva

Tanto la entidad accionada como las vinculadas, dada su calidad de entidades prestadoras del servicio de salud y en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión, están legitimadas para comparecer al proceso.

c. Subsidiariedad

De manera reiterada y uniforme la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial dotado de un carácter subsidiario y residual, en virtud del cual, es posible, a través de un procedimiento preferente y sumario, obtener el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos expresamente previstos por el legislador.

Se quiere decir que la tutela procede cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. A este respecto, el artículo 86 de la Constitución Política señala expresamente que *"esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

En éste sentido la Corte Constitucional ha señalado que *"la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten"*¹.

Con lo anterior se tiene que, los conflictos jurídicos en los que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben ser resueltos a través de los distintos medios ordinarios de defensa previstos en la ley para estos efectos, y solo ante la ausencia de dichos mecanismos o cuando los mismos no resulten idóneos o eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable es procedente acudir, de manera directa, a la acción de tutela.

Particularmente, en materia de protección del derecho fundamental a la salud y a la vida invocados en el presente asunto, la accionante no cuenta con otro mecanismo ordinario que pueda garantizar el amparo oportuno y efectivo que se requiere, más aún que se trata de una persona que pertenece al grupo de adulto mayor.

¹ sentencias SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-273 de 2006, T-093 de 2008, SU-037 de 2009, T-565 de 2009, T-424 de 2010, T-520 de 2010, T-859 de 2010, T-1043 de 2010, T-076 de 2011, T-333 de 2011, T-377A de 2011, T-391 de 2013, T-627 de 2013 y T-502 de 2015.

Así las cosas y en el presente asunto, en la medida en que el accionante acude a la acción de tutela con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la vida, salud, frente a una posible omisión por parte de **LA NUEVA EPS Y LAS ENTIDADES VINCULADAS** al no expedir las autorizaciones correspondientes a las órdenes dadas por el médico tratante, en el tiempo prudencial a fin de evitar un daño irreparable en la SALUD Y VIDA del accionante, el Despacho encuentra que el requisito de subsidiariedad se encuentra satisfecho.

d. Inmediatez;

Este principio no sólo se encuentra relacionado con la eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales, sino con que es un presupuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que la acción de tutela conlleva para su ejercicio dos elementos importantes, la oportunidad y la razonabilidad².

En relación con la oportunidad en la presentación de la acción de tutela, se tiene que debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inócuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad perseguida por la acción de tutela, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales.

Corresponde al juez de tutela ponderar y establecer, a la luz del caso concreto, si la acción se promovió dentro de un lapso prudencial, de tal modo que, de un lado, se garantice la eficacia de la protección tutelar impetrada y, de otro, se evite satisfacer las pretensiones de aquellos que, por su desidia e inactividad, acudieron tardíamente a solicitar el amparo de sus derechos.

En el presente asunto encuentra el despacho que el accionante se le venían realizando quimioterapias los días 25 de febrero, 16 de abril del año en curso, y la tercera no ha sido practicada por falta de autorización del medicamento denominado OXALIPLATINO, lo que generaría un daño irreversible para la salud del accionante, encontrando el Despacho que la presente acción fue radicada en un término prudencial, cumpliéndose éste presupuesto a satisfacción.

2. El derecho fundamental a la salud bajo la Ley 1751 de 2015

La Constitución Política en su artículo 48, establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; más adelante, el artículo 49 *ibídem*, señala que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud³.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde sus inicios fue abriendo paso a la consolidación del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. A través de la

² Sentencia 1043 de 2010.

³ Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

sentencia T-760 de 2008⁴, al detectar problemas estructurales del sistema de salud, en una sentencia hito fijó una serie de parámetros y órdenes a diferentes entidades para propender por la efectiva protección al derecho a la salud, entendido como de naturaleza fundamental.

La ley estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015, recoge en gran medida lo establecido en la sentencia T-760 de 2008. Así, a modo de síntesis el artículo 2º reitera el carácter fundamental del derecho a la salud indicando que es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo.

En lo que respecta a la integralidad, el artículo 8º dice que:

*"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (...)".*⁵

Con fundamento en el artículo 15º de la Ley 1751 de 2015, que a continuación se transcribe:

"El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;*
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.*

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Sentencia T-399 de 2017 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

*Parágrafo 1º. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.
(...)"⁶*

Se tiene entonces que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, salvo los que expresamente estén excluidos; o que no cumplan con los criterios citados en la referida norma. En cumplimiento del parágrafo 1º del citado artículo, el Ministerio de Salud y Protección Social ha expedido la Resolución 5269 de 2017, que derogó la Resolución 6408 de 2016.

De esta manera, uno de los cambios introducidos fue la eliminación del Plan Obligatorio de Salud establecido inicialmente en la Resolución 5261 de 1994 (también conocido como MAPIPOS), por el nuevo Plan de Beneficios en Salud adoptado por la Resolución 5269 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, cuyo artículo 2º define como el conjunto de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral, que incluye actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de las enfermedades; actividades que son financiadas con los recursos provenientes del valor per cápita (Unidad de Pago por Capitación – UPC) que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las entidades promotoras de salud (EPS) por cada persona afiliada.

Así las cosas, bajo el nuevo régimen de la Ley Estatutaria en Salud, se desprende que el sistema de salud garantiza el acceso a todos los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, salvo los que expresamente estén excluidos, de conformidad con lo dictado en el artículo 15 de la Ley Estatutaria en Salud.

Con el objetivo de facilitar el acceso de los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías no cubiertas expresamente por el Plan de Beneficios, conforme a la reglamentación del artículo 5º de la citada ley estatutaria, se eliminó la figura del Comité Técnico Científico para dar paso a la plataforma tecnológica Mi Prescripción –MIPRES–, que es una herramienta diseñada para prescribir servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios, de obligatorio cumplimiento para los usuarios del sistema de salud, garantizando que las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) presten los servicios de la salud sin necesidad de aprobación por parte del Comité Técnico-Científico (CTC)⁷.

3. Del derecho a la salud y vida digna de personas de especial protección.

La Corte Constitucional ha dejado claro que el juez de tutela debe proteger el derecho a la salud y con mayor razón cuando esa urgencia de la protección recae en un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, personas con discapacidad, entre otros) por otra parte es necesario que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de

⁶ Mediante el boletín de prensa del 7 de febrero de 2017, el Ministerio de Salud y Protección Social informó sobre los avances en relación con la implementación de la Ley Estatutaria de Salud. (...)" De esta manera, precisó que las novedades en materia de salud, a la fecha, son: (i) la eliminación de los comités técnico-científicos (CTC) y la puesta en marcha del aplicativo en línea Mi Prescripción (Mipres), mediante el cual el médico tratante elabora la prescripción y la envía a la EPS para que realice el suministro al paciente y este pueda reclamar los servicios o tecnologías así no se encuentren incluidos en el POS, sin necesidad de que la opinión del galeno esté sometida a otra instancia;. (<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Ley-Estatutaria-de-Salud-la-implementacion.aspx>).

⁷ Boletín de prensa No. 071 de 2017. Ministerio de Salud y Protección Social.

garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho⁸.

En tratándose de pacientes de la tercera edad, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 *"Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones"*, refiere que la población adulta mayor, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

A su turno la Corte Constitucional en Sentencia T-014 de 2017 M.P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo al respecto precisó:

..."tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a "afrentar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez"⁹, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran¹⁰.

En virtud de ello, esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, esta Corporación ha señalado que "es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran"¹¹.

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.¹²

Igualmente, ha considerado esta Corporación, que la tutela es procedente en los casos en que "(a) se niegue, sin justificación médico - científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios¹³".

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-1180 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Demandante Nicolás Hernán Linares Linares contra SALUDCOOP EPS.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰ Constitución Política, artículo 46.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-527 del 11 de julio de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T- 746 del 19 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹³ Corte Constitucional, Sentencias T-165 del 17 de marzo de 2009 y T-050 del 2 de febrero de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de las personas de la tercera edad, este derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse...” (Negrilla fuera de texto).

En sentencia T-392 / 13¹⁴, se dijo además que se les debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios¹⁵, destacando que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela, otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian¹⁶.

Ha de entenderse esta integralidad como la posibilidad de que se garantice el acceso a todos los servicios médicos que sean necesarios para llevar a cabo el tratamiento recomendado¹⁷ y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley¹⁸ y así lograr la recuperación total del estado de salud tanto físico como mental de dichas personas, más aún cuando se trata de sujetos de especial protección¹⁹.

Por su parte en relación con la vida digna, se encuentra que en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución²⁰.

Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia

¹⁴ Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

¹⁵ Sentencia Corte Constitucional T-531 de 2009

¹⁶ Ver por ejemplo, las Sentencias T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-574 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁷ Situaciones como la descrita fueron objeto de estudio por la Corte Constitucional en las sentencias: T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-319 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-133 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-122 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-179 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso el juez de primera instancia tuteló, los derechos a la salud y a la seguridad social invocados por el accionante y dio la orden de garantizar el tratamiento integral requerido. Sin embargo, el juez de segunda instancia confirmó la tutela de los derechos, pero revocó la orden de garantizar el tratamiento integral, por considerarlo un hecho incierto y futuro que no podía ser protegido por vía de tutela. El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional, con el fin de precisar en su sentencia que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales desarrolladas en fallos anteriores, es deber del juez de tutela garantizar la integralidad en materia de salud, específicamente, tratándose de la prestación del servicio. Por tal motivo revocó parcialmente la orden del juez de segunda instancia, ordenando que se garantizara el acceso del resto de servicios médicos que debían entenderse incluidos en el tratamiento médico, ordenado por el médico tratante. En este caso la Corte reiteró la posición sobre el principio de integralidad en materia de salud que había asumido en las sentencias T-133 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

¹⁹ Sentencia T- 121 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

²⁰ Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sala Séptima de Revisión, sentencia T-645 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sala Segunda de Revisión, sentencia T-322 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Sala Octava de Revisión, sentencia T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sala Novena de Revisión, sentencia T-489 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, entre otras.

hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna²¹. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados.

4. De lo Probado y del Caso Concreto;

Del análisis del material probatorio, se puede inferir lo que sigue;

Se tiene que en el presente asunto, el señor MIGUEL AREVALO CAMARGO, actuando en nombre propio, invoca la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, que considera se vulneran por parte de la NUEVA EPS, al no autorizar y entregar el medicamento denominado OXALIPLATINO para poder continuar con la tercera quimioterapia ordenadas por el médico tratante (ff. 1 a 3).

Ahora bien, analizando el material probatorio allegado al expediente se establece lo siguiente:

El día 10 de enero de 2019, en la Clínica Medilaser de la ciudad de Tunja, se le practico al señor MIGUEL AREVALO CAMARGO, el procedimiento denominado "esofagogastroduodenoscopia" señalando como diagnostico endoscópico "lesión ulcera de aspecto tumoral extensa y avanzada de cuerpo y antro gástrico" (f. 5).

De la copia de la historia clínica arrimada la parte accionante, (ff. 7 y v), se determina que la patología que padece el señor MIGUEL AREVALO CAMARGO consiste en:

"(...)Fecha de Consulta: 25/01/2019...

Endoscopia, desde el tercio proximal por la cara posterior desde a curvatura mayor hasta la menor se encuentra una lesión ulcerada con zonas cecrosadas con bordes infiltrantes que retrae el cuerpo gástrico y que se extiende distalmente hasta el antro medio por la curvatura menor

Exámenes paraclínicos; previos a próximo ciclo.

Quimioterapia; FLOT; (cada 2 semanas) 4 ciclos previos a la cirugía y 4 posterior a la cirugía.

1 ciclo

Doxetaxel 50 mg/m² d1 = 89 mg IV D1

Oxaliplatino 85 mg / m² D1= 151 mg

(...)"

10/03/2019

²¹ Sala Novena de Revisión, sentencia T-489 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sala Octava de Revisión, sentencia T-732 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sala Segunda de Revisión, sentencia T-096 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Datos generales;

"en curso de tratamiento perioperatorio con quimioterapia esquema flot, acude a 2 ciclo" S/ buena tolerancia a quimioterapia. No fiebre. Nauseas sin vomito.

Quimioterapia; se realiza hemograma y con resultado normal. Se administra la quimioterapia.

Observa el Despacho que en efecto se venía administrando el ciclo de quimioterapias ordenadas por el médico tratante, sin embargo, y de conformidad con lo narrado por el accionante para la tercera sesión *"no fue autorizado el medicamento denominado OXALIPLATINO VIAL 100 MG MEDICAMENTO ESENCIAL PARA PODER REALIZAR ESTA QUIMIOTERAPIA"* (F. 2).

Frente a la importancia de este medicamento la Clínica Cancerológica De Boyacá, por intermedio de la Gerente Administrativa, señora Alexandra serrano rincón, refirió;

- ***El médico tratante le ordeno quimioterapia con intención curativa a fin de realizar reducción del tumor y posterior cirugía. Luego se plantean cuatro ciclos después de la cirugía.***
- ***El esquema ordenado fue FLOT el cual incluye los medicamentos docetaxel, oxaliplatino, folinato de calcio, fluoracilo y pegfilgratim.***
- ***El esquema FLOT que incluye OXALIPLATINO es actualmente el tratamiento de quimioterapia de elección para el cáncer gástrico debido a que ha demostrado en múltiples estudios multinacionales los mejores tiempos de resultados y sobrevida para esta patología oncológica.***
- ***Los derivados del platino dentro de los cuales se encuentra el OXALIPLATINO son medicamentos que se encuentran en el plan de beneficios en salud sin ninguna restricción***
- (...)
- ***Los tratamientos oncológicos requieren de continuidad en la aplicación para actuar sobre el tumor, los retrasos en el tratamiento disminuyen la posibilidad de respuesta clínica del Sr. Arévalo y por ende la posibilidad de curación.***
- ***El medicamento OXALIPLATINO es indispensable para el tratamiento de la enfermedad que padece el paciente, de negarse la autorización para el suministro del mismo, el esquema FLOT quedaría incompleto, no podríamos aplicarlo y el médico tratante se vería obligado a cambiar el esquema por una segunda línea con menor efectividad demostrada"* (f. 40 y v).**

De lo que se deduce que el referido procedimiento se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud, circunstancia esta que se suma a que el paciente es considerado como un sujeto de especial protección por pertenecer a la tercera edad (60 años) (f. 6), lo que genera en las EPS una función de protección y salvaguarda de los derechos fundamentales y para ello están en la obligación de prestar los servicios que se dirijan a la restauración y restitución de las condiciones físicas de los afiliados y beneficiarios en observancia del principio de integralidad y continuidad de la prestación del servicio, supuesto que es del todo relevante en los casos de sujetos de especial protección²².

²² Sentencia T-970 de 2008

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACTOR: MIGUEL AREVALO CAMARGO
ACCIONADO: NUEVA EPS Y OTROS
RADICADO: 15001333008201900095 00
Pág. No. 12

Por consiguiente no queda duda para el Despacho que es a la NUEVA EPS a quien le corresponde, en primera medida autorizar la entrega del medicamento denominado OXALIPLATINO para poder continuar con las sesiones de quimioterapias ordenadas por el médico tratante.

Se advierte también, que inicialmente el paciente fue atendido por LA CLINICA MEDILASER DE LA CIUDAD DE TUNJA, tal como se advierte a folios 5 – 6, donde se le brindo la atención requerida y se le diagnosticó la patología referida.

Por su parte, en la Clínica Cancerológica de Boyacá, se venían administrando las quimioterapias conforme a lo ordenado por el médico tratante, (ff. 8 a 17), sin embargo para la tercera sesión no se ha autorizado la entrega del medicamento OXALIPLATINO, para la continuidad del tratamiento de quimioterapias, así lo expresó a folio 40:

*"Al señor Arévalo su EPS le ha autorizado el OXALIPLATINO para dos de los cuatro ciclos iniciales que requiere para el manejo de su patología bajo los números de autorización 101620856 de 18/02/2019 y 104633476 de 13/04/2019. **Actualmente, no ha continuado generando las autorizaciones requeridas** (...)*

Examinado el material probatorio es dable afirmar que a la fecha no se ha efectuado la entrega del medicamento denominado OXALIPLATINO, el cual se torna esencial para la continuidad de las quimioterapias ordenas por el médico tratante, máxime cuanto la Clínica Cancerológica de Boyacá, enfatizó; **"Los tratamientos oncológicos requieren de continuidad en la aplicación para actuar sobre el tumor, los retrasos en el tratamiento disminuyen la posibilidad de respuesta clínica del Sr. Arévalo y por ende la posibilidad de curación"** (f. 40)

Así las cosas queda claro para el Despacho que existe vulneración a los derechos a la vida digna y a la salud del señor MIGUEL AREVALO CAMARGO identificado con C.C. N° 6.760.661 de Tunja, y en tal sentido se protegerá ordenando a MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, identificada con C.C. N° 46.369.216 de Sogamoso, en calidad de Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA EPS, o la persona que ella expresamente delegue, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún o lo han hecho, autoricen la práctica de las sesiones de quimioterapias que faltan dentro del tratamiento prescripto por el médico tratante, así como la entrega de todos los medicamentos, practica de exámenes, expedición de autorizaciones, y demás procedimientos que requiera el accionante, en la cantidad y periodicidad que disponga el **médico tratante** conforme a su diagnóstico para la recuperación de su salud.

Frente a la Secretaria De Salud De Boyacá, el Despacho no le librara ninguna orden, de conformidad con lo señalado en Sentencia T -057 de 2012;

*"...teniendo claridad sobre la obligación subsidiaria del Estado, para asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, esta Corte ha considerado que el reembolso de las sumas causadas en razón a la financiación de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, **cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales***

(Departamentos, municipios, secretarías de salud), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado”.

5. EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES:

Teniendo en cuenta que en providencia del 20 de mayo de 2019, se libró medida cautelar, así;

“TERCERO; Decretar la medida provisional solicitada y en consecuencia se ordena a LA NUEVA EPS para que de manera prioritaria, esto es dentro de los dos (02) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, autoricen la entrega del medicamento en la cantidad prescrita por el médico tratante denominado OXALIPLATINO; lo anterior, como medida de conservación encaminada a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos expuestos en la parte motiva. Del cumplimiento de la orden impartida, las entidades accionadas deben rendir informe al Despacho con los respectivos soportes dentro de los 2 días siguientes a la notificación de la presente providencia. Por secretaria líbrense las correspondientes comunicaciones.

Revisado el expediente encuentra el Despacho que a la fecha no se evidencia que se le haya entregado al accionante el medicamento denominado OXALIPLATINO, no obstante, haberse requerido a LA NUEVA EPS mediante autos de fecha 23 y 27 de mayo del año en curso, para que informara sobre el cumplimiento de dicha orden judicial (ff. 95 a v y 102 y v), sumado a que el juzgado constantemente ha mantenido comunicación telefónica con la NUEVA EPS – TERRITORIAL SOGAMOSO a fin de presionar y procurar el cumplimiento de la medida provisional, sin embargo la respuesta siempre fue que *“el trámite estaba en estudio y verificación”*, por lo que se exhortara a MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, identificada con C.C. N° 46.369.216 de Sogamoso, en calidad de Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA EPS, para que de manera inmediata cumpla lo ordenado en auto de fecha 20 de mayo de dos mil diecinueve (2019), pues estas disposiciones se realizan dentro del marco de una Acción Constitucional.

VII. DECISIÓN;

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE;

PRIMERO: TUTELAR los Derechos Fundamentales a la salud y a la vida digna del señor **MIGUEL AREVALO CAMARGO**, identificado con la C.C. No 6.760.661, **vulnerados por la señora MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA**, identificada con C.C. N° 46.369.216 de Sogamoso, en su calidad de Gerente Zonal de Boyacá de **LA NUEVA EPS**, por las razones expuestas en la presente providencia.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACTOR: MIGUEL AREVALO CAMARGO
ACCIONADO: NUEVA EPS Y OTROS
RADICADO: 15001333008201900095 00
Pág. No. 14

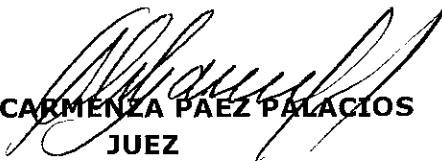
SEGUNDO: ORDENAR a la señora **MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA**, identificada con C.C. N° 46.369.216 de Sogamoso, en su calidad de Gerente Zonal de Boyacá de la **NUEVA EPS**, o la persona que ella expresamente deleguen, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo han hecho, autoricen la práctica de las sesiones de quimioterapias que faltan dentro del tratamiento prescripto por el médico tratante, así como la entrega de todos los medicamentos, practica de exámenes, expedición de autorizaciones, y demás procedimientos que requiera el accionante, en la cantidad y periodicidad que disponga el **médico tratante** conforme a su diagnóstico para la recuperación de su salud. **De la anterior orden deben rendir un informe** a este despacho dentro de los 3 días siguientes a la notificación de esta providencia, de conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Requerir a MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, identificada con C.C. N° 46.369.216 de Sogamoso, en su calidad de Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA EPS, para que de manera inmediata cumpla lo ordenado por el despacho en auto de fecha 20 de mayo de 2019 en lo referente a la medida cautelar, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: NOTIFICAR por el medio más expedito, mensaje de datos, telegrama o fax, a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto Ley No. 2591 de 1991.

QUINTO: Si este fallo no fuere impugnado, ENVÍESE el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto Ley No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GLORIA CARMENZA PAEZ PALACIOS
JUEZ