



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
J01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co
Código 190013103001

Sentencia N° 021

Popayán, quince (15) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Ref.: **Acción de Tutela**
Accionante: **Gladys Peña Herrera**
Accionada: **Nueva EPS**
Vinculada: **Oncólogos Asociados del Cauca S.A.**
Rad.: **2022-00031-00**

Procede el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, a resolver la acción de tutela presentada por la señora Gladys Peña Herrera, contra la Nueva EPS, requiriendo el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal, prerrogativas que presuntamente le han sido trasgredido por dicha entidad.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

La accionante solicitó que se ordenara a la Nueva EPS, autorizar y garantizar el tratamiento médico integral para su diagnóstico de cáncer de mama derecha T2N3MO confirmado repetido, según criterio del médico tratante.

1.2. Fundamentos fácticos y probatorios.

La actora señaló como hechos relevantes los siguientes:

- ✓ Informó que se encuentra inscrita a la Nueva EPS.
- ✓ El 22 de diciembre del 2021, fue diagnosticada con cáncer de mama derecha T2N3MO confirmado repetido.
- ✓ El médico tratante le formuló el medicamento pegfilgastrim solución inyectable 6 mg.
- ✓ Ha solicitado el referido medicamento ante la Nueva EPS; sin embargo, no le ha sido entregado.

Con el escrito de tutela allegó archivo en PDF de la historia clínica, con sus anexos, del derecho de petición, y del documento de identidad.

2. Trámite.

La acción de tutela fue admitida mediante Auto N° 151 del 7 de marzo del año en curso, en el que se ordenó notificar a la Gerente Regional Suroccidente y al Gerente Zonal Cauca de la accionada Nueva EPS, requiriéndoles un informe, y la documentación que estimasen de importancia para el caso puesto en consideración. El auto fue debidamente notificado.

3. Contestación.

3.1. La apoderada especial de la Nueva EPS, informó que el área técnica de salud se encuentra validando la pertinencia del solicitado medicamento. Además, solicitó a la zonal Popayán, agendar consulta para renovar la fórmula médica del mismo, porque la existente se encuentra vencida.

Solicitó, que se declarara improcedente la a solicitud de amparo.

Consideró, que la integralidad en salud no puede ser entendida como la prestación del servicio de manera indeterminada, futura e incierta.

Subsidiariamente, solicitó que fuera ordenado a Adres el reembolso de los gastos en que incurra la Nueva EPS en cumplimiento del fallo que se llegase a dictar, y que sobrepase el presupuesto máximo asignado para la cobertura de servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPS, e igualmente que éstos últimos sean determinados concretamente.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1º, numeral 1º, e inciso 2º del Decreto 1382 de 12 de julio del 2000, este Despacho es competente para resolver la acción de tutela de la referencia en PRIMERA INSTANCIA.

2. Problema jurídico.

En el presente caso, el Despacho debe determinar si la Nueva EPS vulnera los deprecados derechos fundamentales de la accionante, al no garantizar el tratamiento médico integral, ordenado por el facultativo para su diagnóstico

3. Tesis del Despacho.

Con el fin de resolver el problema jurídico, el Despacho sostendrá la tesis, de que la Nueva EPS vulnera los invocados derechos fundamentales de la accionante, al no garantizar oportunamente los servicios de salud a una persona que, por su diagnóstico, es considerada sujeto de especial protección constitucional.

Por lo anterior, se ordenará a la Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, adelantar las gestiones pertinentes para garantizar la entrega del formulado medicamento, junto con el tratamiento integral en salud para el diagnóstico de tumor maligno del cuadrante superior externo de la mama, de conformidad con el criterio y las indicaciones del facultativo.

4. Sustento Normativo y Jurisprudencial.

El literal d), del artículo 2º, de la Ley 100 de 1993, instituyó entre los principios que rigen el servicio público esencial de seguridad social en salud, el de la integralidad, el cual jurisprudencialmente ha sido desarrollado, llegando a la conclusión que el mismo *"comprende dos elementos: (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología"*¹

Por su parte, el artículo 162 de la citada ley, garantizó la protección integral a la enfermedad general en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las patologías. En similar sentido lo estableció la Ley 1751 del 2015 Estatutaria de la Salud.

La Corte Constitucional ha considerado que al hablar de integralidad en salud, a la persona enferma se le debe brindar todo lo que ésta requiera para el restablecimiento de la salud: *"Esta Corporación ha señalado que la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por los planes de beneficios en materia de*

¹ Sentencia T-039 de 2013

salud, puede infringir derechos fundamentales, y por eso, cuando se presente vulneración se deberá inaplicar la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, con el fin de ordenar que sea suministrado.

*Así, la Corte ha entendido que se infringen los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, cuando la entidad encargada de garantizar la prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y, en general, cualquier servicio de salud no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud –POS-, **siempre y cuando la provisión de los mismos se torne indispensable para garantizar a quien los solicita el cumplimiento de las exigencias mínimas de la dignidad humana, en razón a la patología que padece.***

Para desarrollar el alcance de la obligación que tienen las EPS de suministrar medicamentos no contemplados en el POS, se analizaran (i) las subreglas fijadas por la jurisprudencia constitucional para la autorización de medicamentos no contemplados en el POS y (ii) la prevalencia de la orden del médico tratante.”² (Subrayado, cursiva y negrilla fuera de texto)

A pesar de la existencia de un PBS, el Alto Tribunal Constitucional ha dicho también, que en determinadas condiciones se hace necesario ir más allá de esta normatividad, para no vulnerar los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida, la salud y la seguridad social, por ello ha establecido jurisprudencialmente unas reglas para dar inaplicabilidad al PBS:

"Las EPS antes de inaplicar la normativa que reglamenta las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, deben

² Sentencia T-539 de 2013

verificar las subreglas de procedencia para los medicamentos o servicios no contemplados en el POS, fijadas por la jurisprudencia constitucional:

- Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios, vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal.

- Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan.

- Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

- Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halle afiliado el demandante, *o que, si bien fuere prescrito por un médico externo no vinculado formalmente a la EPS, porque dicha entidad, que conoce la historia clínica particular de la persona al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en criterios médico- científicos.*

Cumplidas estas condiciones, la EPS se encuentra obligada a entregar el medicamento, realizar la prueba diagnóstica o ejecutar la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante, de forma oportuna, eficiente y con calidad. La EPS puede a su vez, con el fin de preservar el equilibrio financiero, solicitar el reembolso de las sumas pagadas por los servicios prestados o los medicamentos entregados,

cuyo costo no estaba obligada a asumir, y para ello puede repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA.”³ (Subrayado, cursiva y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, frente a las enfermedades de alto costo, como lo es el cáncer, la Corte Constitucional ha adoctrinado:

*«17. Como desarrollo del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 constitucional, este Tribunal ha dispuesto reiteradamente que **ciertas personas, debido a su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad manifiesta, son sujetos de especial protección constitucional** y, por lo tanto, merecedoras de especial protección en el Estado Social de Derecho.*

*Dentro de esta categoría, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Carta, la jurisprudencia constitucional **ha incluido a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer** . Por esta razón, ha dispuesto que esta población tiene derecho a protección reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles **acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología**. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en Sentencia T-066 de 2012 lo siguiente:*

"Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas

³ Sentencia T-539 de 2013

que fundamentan las limitaciones al POS (...)” (Subrayas fuera del original).

18. Como se observa, una de las reglas decantadas por este Tribunal respecto de las personas que padecen cáncer u otras enfermedades catastróficas es el derecho que éstas tienen a una atención integral en salud que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no.

En suma, esta integralidad a la que tienen derecho esta clase de pacientes cuyo estado de enfermedad afecte su integridad personal o su vida en condiciones dignas, significa que la atención en salud que se les brinde debe contener "todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud” .

Lo anterior permite inferir que la integralidad comprende no solo (i) el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física, conforme lo prescriba su médico tratante, sino también (ii) la garantía de recibir los servicios de apoyo social en los componentes

psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental .

Además, que el servicio de salud que se les brinde debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también, (iii) "a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal (...) a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno".»⁴
(Subrayado, cursiva y negrilla fuera de texto)

5. Procedencia de la acción.

La acción de tutela ha sido instituida en el ordenamiento jurídico Colombiano como un mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales de las personas. Ahora, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, a tal mecanismo sólo puede acudir si se cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos normativa y jurisprudencialmente.

En tal sentido, se habla básicamente de tres requisitos generales de procedibilidad en la acción de tutela, sin los cuales no se estudiará de fondo el asunto. El primero está referido a que se invoque la protección de un derecho fundamental, ya que de ello depende la relevancia constitucional del asunto puesto en consideración. En segundo término, se encuentra el de subsidiariedad, que obliga a verificar la inexistencia de otro mecanismo de defensa para reclamar lo pretendido mediante la acción de tutela, o que existiendo uno, éste no resulte efectivo por cuanto puede causarse un perjuicio irremediable con una decisión tardía. Y finalmente, es menester estudiar la inmediatez de la acción; es decir, que el amparo se haya

⁴ Sentencia T-387 de 2018

solicitado en un término razonable después de causada la vulneración o amenaza.

En el *sub examine* se verifican cumplidos los aludidos requisitos de procedencia, en razón a que se solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal de la accionante, que por los hechos denunciados, se entiende que la vulneración de los mismos es actual, y que ésta no cuenta con mecanismos ordinarios idóneos para su protección, razón por la cual, se analizará el caso concreto a fin de determinar si es procedente el amparo deprecado a la luz del problema jurídico y la tesis ya expuesta por el despacho.

6. Caso concreto.

En el presente caso, se tiene que la actora manifiesta padecer cáncer de mama derecha T2N3MO confirmado repetitivo, razón por la cual su médico tratante, especialista en oncología, le formuló desde el 22 de diciembre del 2021, el medicamento pegfilgastrim fulphila 6 mg.

Informó que, pese a haber elevado un derecho de petición ante la Nueva EPS, hasta la fecha no ha recibido pronunciamiento alguno por parte de la pasiva.

La Nueva EPS, alegó que en el momento se encuentra adelantando la validación del aludido medicamento.

Igualmente, consideró que era necesario que la actora renovara la fórmula médica, ya que la aportada se encuentra vencida.

Solicitó, que se declarara improcedente la a solicitud de amparo, previa oposición a la integralidad en salud solicitada.

Ante este panorama, tal como se planteó en la tesis frente al problema jurídico a resolver, el Despacho procederá delantamente a conceder la acción de tutela, toda vez que se observa que existe orden médica, expedida por el especialista en oncología clínica, adscrito a la Nueva EPS, quien es el profesional de la salud idóneo y con criterio científico para emitir dicha formulación, como así fue acreditado con la historia clínica aportada; por lo tanto, resulta inadmisibile la negligencia asumida por la accionada entidad administradora de salud, quien, hasta el momento, únicamente se ha limitado a adelantar trámites administrativos encaminados a la validación del prescrito medicamento, sin indicar una fecha cierta y próxima para que dicho servicio de salud se materialice, y por esa misma demora, la fórmula médica perdió vigencia, y obligó a la actora a asumir la compra del solicitado medicamento por su cuenta.

En efecto, se tiene que el oncólogo consignó en la historia clínica, de fecha 22 de diciembre del 2021, que la accionante fue diagnosticada con tumor maligno del cuadrante superior externo de la mama, en razón de lo cual le formuló el medicamento pegfilgastrim solución inyectable 6 mg, cuya entrega, injustificadamente, no ha sido garantizada por la pasiva, pese a que en la historia clínica del 9 de marzo pasado, que la accionante allegó al Juzgado, el facultativo nuevamente volvió a formularlo.

Por lo anterior, resulta patente que la accionada EPS vulnera los deprecados derechos fundamentales de la señora Peña Herrera, pues a todas luces, se encuentra acreditada la existencia de una fórmula médica que data del 22 de diciembre, reiterada el pasado 9 de los corrientes, sin que por ello la accionada administradora de salud haya tomado cartas en el asunto, incumpliendo con su deber como EPS

frente a su afiliada, lo que conllevó a que ésta última tuviera que adquirir con sus propios recursos el medicamento pegfilgastrim, dada la premura del mismo para atender su salud, por la gravedad de su diagnóstico, de donde se tiene que la pasiva no ha garantizado la continuidad, oportunidad, ni integralidad en salud, para la actora, quien se encuentra afectada por una enfermedad de las consideradas catastróficas, por lo que amerita atención privilegiada y urgente.

Así las cosas, el Despacho considera procedente por vía de tutela lo solicitado por la actora, pues la accionada EPS, en su pronunciamiento no desvirtuó, ni contradijo los ordenamientos del especialista en oncología, ni tampoco propuso opciones concretas para atender la condición clínica de la tutelante.

Bajo ese entendido, se salvaguardarán las deprecadas garantías fundamentales y, en consecuencia, se ordenará a la Nueva EPS que, si aún no lo ha hecho, de manera inmediata a la notificación de la presente providencia, proceda a adelantar las gestiones pertinentes para garantizar la entrega del medicamento pegfilgastrim, ordenado por su médico tratante y, junto con ello, brindarle tratamiento integral en salud para su diagnóstico de tumor maligno del cuadrante superior externo de la mama, y lo que de éste se derive, esté o no incluido en el PBS.

Finalmente, en lo que atañe a la orden expresa de reembolso pedida por la Nueva EPS, este Despacho considera innecesario hacer pronunciamiento alguno al respecto, en el entendido que es una facultad legal que requiere el agotamiento del trámite administrativo respectivo, y no de una decisión del juez de tutela para hacerlo efectivo.

III. DECISIÓN

Con fundamento en lo antes expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal de la accionante, señora **Gladys Peña Herrera**, identificada con C.C. N° **34.529.020** expedida en Popayán, los que de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, le están siendo desconocidos por la accionada **Nueva EPS**.

SEGUNDO: ORDENAR en consecuencia, a la **Nueva EPS**, a través de los doctores **Silvia Patricia Londoño Gaviria y Arbey Andrés Varela Ramírez**, Gerente Regional Suroccidente y Gerente Zonal Cauca, respectivamente, o quien hagan sus veces, si aún no lo han hecho, que de manera inmediata a la notificación de la presente providencia, procedan a adelantar las gestiones pertinentes para garantizar la entrega a la actora **Gladys Peña Herrera**, del medicamento pegfilgastrim, ordenado por su médico tratante; e igualmente, **BRINDARLE** tratamiento integral en salud para su diagnóstico de tumor maligno del cuadrante superior externo de la mama, y lo que de éste se derive, esté o no incluido en el PBS.

TERCERO: ADVERTIR a dichos los representantes legales de la entidad accionada, que el incumplimiento a tal ordenamiento los hará incurrir en **DESACATO** (Arts. 23, 27, 29 y 52 del Dto. 2591/91),

PREVINIÉNDOLOS para que en un futuro no repitan la omisión que ha dado lugar a la prosperidad de esta acción.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta determinación a los interesados, conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1.991.

QUINTO: Si este fallo no fuere oportunamente impugnado, **REMÍTASELE** electrónicamente la demanda de tutela, su contestación, y de este fallo de primera instancia, a la H. Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

James Hernando Correa Clavijo

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 001

Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d37076fb4b922fbe5ed21f0645f18c98d95b9fffc08e9e4bd6b
7a4d092c18ae**

Documento generado en 15/03/2022 03:39:03 PM

Ref.: Acción de Tutela
Accionante: Gladys Peña Herrera
Accionada: Nueva EPS
Vinculado: Oncólogos Asociados del Cauca S.A.
Rad. 2022-00031-00

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en
la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>