



**JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2023-00018-00

ACCIONANTE: IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ CC 1124382902

ACCIONADO: NUEVA E.P.S.

DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL.

Barranquilla, catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por la señora IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ CC 1124382902, en nombre propio, en contra de la NUEVA E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y a la vida digna.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. La accionante es afiliada en calidad de cotizante a la NUEVA EPS, cumpliendo al día con los aportes mensuales a la fecha.
2. Se ordenó procedimiento quirúrgico, después de haber realizado todo el proceso ordenado por el especialista de medicina interna doctor LUIS ALBERTO BURGOS y la nutricionista doctora AMANDA ESTHER ESCORCIA BERMEJA y el concepto de la doctora KATHERINNE COY BARRERA (psicóloga), valoración del doctor EDGARDO CASTRO y adicional a múltiples exámenes a la fecha no se le ha realizado el procedimiento, muy a pesar de que el doctor MIGUEL MAYA MEZA en fecha 14-01-2023, decide insistir en la autorización solicitada por su cirujano tratante, en el entendido en que se colocaría en riesgo mi vida, al no realizarse la cirugía autorizada.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se: *"...Señor juez solicito se ordene Amparar el Derecho Constitucional a la SALUD y A LA VIDA de la señora IBETH PADILLA DIAZ. Señor juez solicito se ordene a LA NUEVA EPS, me autorice en el término de 48 horas, después de ser evaluada por mi médico tratante la realización de la CIRUGÍA GASTRECTOMÍA VERTICAL (MANGA GASTRICA) por laparoscopia, autorizada..."*

IV. PRUEBAS

La parte actora en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

1. Fotocopia cédula de ciudadanía.
2. Radicación de solicitud.
3. Negación de solicitud.
4. Historia Clínica valoración Endocrinología, Dr. Alfredo Burgos.
5. Historia Clínica valoración Medicina Interna, Dr. Luis Alberto Burgos.

6. Historia Nutricional – Dra. Amanda Esther Escorcía Bermeja, Nutricionista Dietista.
7. Historia clínica Psicología – Dra. Katherine Coy Barrera.
8. Resultados de exámenes varios.
9. Copia del concepto del Cirujano al cual recurrí, exámenes médicos y dictámenes DE LOS MÉDICOS DE NUEVA EPS.
10. Informe de las entidades accionadas y vinculadas.

## V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el día 01 de marzo de 2023, ordenó notificar a las accionadas, y la vinculación de LA CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, CLÍNICA BONNADONA PREVENIR, al señor AMIN YESID GOMEZ SERRANO y a los médicos LUIS ALBERTO BURGOS, AMADA ESTHER ESCORCIA BERMEJA, KATHERINNE COY BARRERA y MIGUEL MAYA MEZA, estos últimos como médicos tratantes de la accionante, debido al interés que pueden tener en el presente trámite, para que rindieran un informe sobre los hechos depuestos, por cuanto la decisión adoptada dentro del trámite constitucional, puede repercutirlo o afectarlo.

ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S, a través BLANCA ROSA JIMÉNEZ DÍAZ, en su calidad de Jefe de Jurídica en su informe indicó que. *“...Señor juez, teniendo en cuenta las pretensiones propuestas por la accionante, debemos informarle que la Clínica Bonnadona Prevenir S.A.S. NO TIENE VINCULACIÓN CONTRACTUAL CON NUEVA EPS para la prestación del servicio solicitado. Por lo cual solicitamos CONMINE a la entidad a la cual se encuentra afiliada la señora IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ para que la redireccione a una IPS que pertenezca a su RED prestadora de servicio. Finalmente, es claro señor Juez que no existe vulneración o amenaza al derecho fundamental atribuible a ORGANIZACIÓN CLINICA BONNADONA PREVENIR S.A.S, porque la conducta de ésta en todo momento ha estado ajustada a la normatividad legal vigente que regula el funcionamiento del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y a todas las disposiciones legales relacionadas con el caso que nos atañe...”*

NUEVA EPS, a través de VANESSA CARDENAS CORDERO, en su calidad de apoderado Judicial, en su informe manifestó que: *“...Se evidencia al revisar en detalle el escrito de tutela presentado por el Accionante, que en ninguna de sus partes ni siquiera soporte alguno sobre SOLICITUD DE SALUD ORDENADA POR MÉDICO TRATANTE desatendida o negada por Nueva EPS a cargo de esta entidad. En este orden de ideas, se considera que al no existir acción u omisión que vulnere o amenace los derechos fundamentales del Afiliado, por parte de Nueva EPS, la presente acción de tutela se hace improcedente contra esta entidad, no se encuentra dentro del escrito de tutela las condiciones señaladas en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 y al precedente jurisprudencial aludido. Si bien es cierto lo anterior, resulta igualmente importante para el caso concreto informar que, de acuerdo con las recomendaciones emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en su guía de práctica clínica para el manejo de la obesidad se requiere una evaluación preliminar de todo paciente con diagnóstico de obesidad para evaluar las condiciones asociadas y su manejo previamente para determinar si la obesidad es secundaria a otra patología o está relacionada con algún síndrome clínico por lo cual se requiere del abordaje de un equipo multidisciplinario previo al ingreso a la junta médica para la cirugía bariátrica...”*

FUNDACION HOSPITAL UNIVERSIDAD DEL NORTE, a través de GISELLA PATRICIA GIOVANETTI LOSADA, en su calidad de Representante Legal, en su informe indico que: *“...Descendiendo al caso bajo estudio y en lo que concierne a mi representada, señalar que revisados los registros de Historia Clínica que reposan en la Institución, se evidencia que la usuaria IBETH VIVIAN*

*PADILLA DIAZ CC 1124382902 no registra atenciones médicas en esta institución, razón por la cual no se ha vulnerado derecho alguno a la accionante...*

CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, a través de ANDRES ALBERTO ALARCON CARRILLO, en su calidad de Jefe Jurídico de la IPS, esgrimió que: *"...En primera medida, manifestar al Honorable Juez Constitucional que, la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A jamás y nunca ha vulnerado derecho fundamental y/o legal a la accionante IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ, por lo que estamos frente a una acción de tutela IMPROCEDENTE que debe ser denegada ante la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales reclamados. En primera medida, me permito manifestar muy respetuosamente a su señoría que la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, jamás y nunca, ha vulnerado ningún derecho fundamental o legal a la accionante IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ identificada con cedula No. 1124382902 quien se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a NUEVA EPS, siendo exclusiva obligación de la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD - EPS a la que se encuentra afiliada la accionante, autorizar, estudiar y suministrar los medicamentos, tratamientos, valoraciones y procedimientos en el ámbito ambulatorio, servicios hospitalarios y remisiones a centros médicos en ciudades diferentes. 3°) Descendiendo al caso bajo estudio y en lo que concierne a mi representada, señalar que revisados los registros de Historia Clínica que reposan en nuestra Institución, se evidencia que la usuaria IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ, fue atendida en el servicio de Consulta Externa de la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE por el Dr. Jarib Álvarez especialista en Cirugía General, el catorce (14) de junio de 2022, correspondiendo a una atención netamente particular y bajo consulta cancelada por la accionante, aportando con el presente instrumento, soporte de la valoración referenciada. Ante lo relacionado, quiero señalar que la EPS NUEVA EPS no ha expedido ordenes de servicios para la atención de la usuaria por la mencionada especialidad a través de la Institución CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, por el contrario, la orden de servicio esta expedida y dirigida para la Institución Bonnadona Prevenir y en segunda media la valoración anexada por la parte accionante corresponde a una consulta particular, debidamente cancelada por la señora IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ..."*

Los médicos LUIS ALBERTO BURGOS, AMADA ESTHER ESCORCIA BERMEJA, KATHERINNE COY BARRERA y MIGUEL MAYA MEZA, a pesar de ser debidamente notificados, a través de aviso electrónico, no recorrieron el traslado conferido guardando silencio frente a los hechos que dieron lugar a la presente acción constitucional.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿En la actualidad se encuentra amenazado el derecho a la SALUD de la paciente IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ, por la no autorización del procedimiento GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA a cargo de la entidad prestadora de salud, prescrita por el médico tratante, teniendo en cuenta los diagnósticos médicos que padece el paciente?

## VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

## VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 48, 49, 86 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993, Ley 1751 de 2015, Ley 1122 de 2007; sentencias T-1040 de 2008, T-978-08, T-049-09, T-861 de 2012, T-103 de 2009, T-395-15, T 322/2018, T-345-2013, entre otras.

## IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

## DERECHO A LA SALUD

En primer lugar, el artículo 49 de la Corte se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

*“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”*

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

*“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”*

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

#### SU CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.

En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo integral del ser humano. Por lo anterior, dicha corporación ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneratoria de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.

Ahora bien, la Corte también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica “la mera subsistencia biológica”, sino también “el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna.”<sup>1</sup>

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna “se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”.<sup>2</sup>

De lo anterior y teniendo en consideración que el derecho fundamental a la vida ha sido consagrado y garantizado en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política, se puede afirmar que éste no hace referencia exclusivamente a la existencia material, sino también a la posibilidad de ésta sea desarrollada de forma digna.

De este modo, la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.<sup>3</sup>

De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que *“tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas, sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.”*<sup>4</sup>

## DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU PROTECCIÓN POR VÍA DE TUTELA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

El artículo 48 de la Constitución consagró la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano, y como servicio público obligatorio, bajo el control del Estado que debe ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.

Acorde con lo dispuesto por el citado artículo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra definido como aquel *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.”*

Por su parte, el artículo 49 de la Carta, en relación con lo anterior, consagró que toda persona tiene el derecho de acceso a la protección y recuperación de su salud, el cual se encuentra a cargo del Estado y que debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, el congreso expidió la Ley 100 de 1993 *“por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”*, con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud y su situación económica. En ese orden, el sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios.

De igual forma, y por interesar a esta causa, la mencionada ley dispone como uno de los objetivos del Sistema General en Salud, crear condiciones de acceso a todos los niveles de atención para toda la población, orientado por los principios de universalidad, calidad y eficiencia, entre otros.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Asimismo, la Ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible.

En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela.

## AUTORIZACIÓN POR PARTE DE LAS EPS DE PROCEDIMIENTOS PARA TRATAR LA OBESIDAD

La cirugía bariátrica es el término genérico que se le ha otorgado al tratamiento quirúrgico establecido para enfrentar los problemas de sobrepeso u obesidad mórbida, que puede llegar a presentar una persona y el cual en múltiples ocasiones ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corporación, en la medida en que es solicitado por vía de tutela.

Así, la jurisprudencia constitucional al referirse al tema, ha señalado determinados requisitos jurisprudenciales que deben ser evidenciados en los distintos casos concretos, para determinar la procedencia del amparo, abordando también lo relacionado con aspectos de pertinencia del procedimiento en los diferentes escenarios.

Ahora bien, la Corte establece unos criterios que permiten determinar el actuar del juez constitucional cuando la situación fáctica que se le presenta, incluye una orden médica prescrita por un profesional particular, o no adscrito a la red de servicios de la EPS. También cuando el argumento de la negativa hace referencia a que no se accede a autorizar el procedimiento por no haber agotado las distintas alternativas para tratar la enfermedad, como dietas, ejercicios y terapias o que la cirugía prescrita se encuentra excluida del POS.

En efecto, en primer lugar, la Corte ha indicado que el bypass gástrico, considerada como una de las cirugías bariátrica a la que más se acude, se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud. No obstante, ello no implica que, en todo caso, la autorización por vía de tutela de dicho procedimiento sea posible, pues se deben cumplir ciertos requisitos a saber:

*“(i) La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento;*

*(ii) La cirugía no debe tener fines estéticos y se han debido agotar los métodos alternativos al procedimiento tales como (ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc);*

*(iii) El consentimiento informado del paciente, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencia médica de informar, en forma clara y concreta, los efectos de la cirugía que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, y*

*(iv) El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno”*

En tutela T 322/18, La Sala Novena de Revisión de tutela de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alberto Rojas Ríos, evaluó la situación jurídica de la accionante y amparó sus

derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida en condiciones dignas, al considerar acreditados los supuestos jurídicos desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte para la autorización de un servicio médico que no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios de Salud, ni excluido expresamente de él : *“(i) la intervención de Bypass por Laparoscopia es indispensable para mejorar las condiciones de salud y de vida digna de la actora, (ii) el procedimiento médico no puede ser suplido por otro que se encuentre dentro del Plan de Beneficios en Salud, (iii) la operación ha sido dispuesta por su médica tratante, (iv) se probó la falta de recursos económicos de la parte actora para pagar una actuación clínica de esas características”*. La Corte Constitucional además determinó que las cargas administrativas que le ha impuesto la EPS Medimás a la actora para autorizar el procedimiento médico referido, son desproporcionadas y arbitrarias. En la Sentencia, la Corte resaltó que *“por su propia patología de obesidad mórbida que le dificulta su movilidad, no puede transportarse continuamente a la ciudad de Bogotá a diligenciar algunas formas o documentos de autorización que exige la entidad prestadora de salud”*. Como consecuencia de lo anterior, la Sala Novena de Revisión de tutela ordenó a la EPS Medimás que, con el objetivo de subsanar la situación de desprotección en que se encuentra la actora, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, autorice el procedimiento médico de cirugía bariátrica requerido para el tratamiento de las patologías que la aquejan.

#### LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (HOY PLAN DE BENEFICIOS).

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), la Corte Constitucional, ha precisado<sup>5</sup> que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

<sup>5</sup> Sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Por lo anterior, como lo resaltó la Sentencia T-017 de 2013<sup>6</sup>, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008<sup>7</sup>, 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 en cabeza 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 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.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que, a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

#### ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ, en nombre propio, hace uso del presente trámite constitucional de la referencia, en contra de NUEVA E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud.

Lo anterior, en ocasión a que ha realizado el trámite completo como candidata a realizarse el procedimiento “GASTRECTOMIA VERTICAL [MANGA GASTRICA] POR LAPAROSCOPIA” y fue evaluado por médicos adscritos a NUEVA EPS, encontrándose apto la realización de la

<sup>6</sup> Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>7</sup> Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

misma, sin embargo, en repetidas ocasiones se dirigió a LA NUEVA E.P.S. para programar la cirugía a lo que le responden negativamente, sin que a la fecha se haya autorizado el procedimiento en ninguna de sus ips adscritas.

Por su parte indica NUEVA EPS, solicitó no acceder a las pretensiones de la parte del accionante, toda vez que, por lo expuesto por la accionante y por la naturaleza de la intervención quirúrgica que requiere, queda claro que se enmarca dentro de los servicios estéticos que se encuentran excluidos del PBS y por consiguiente de ser financiados con los recursos del sistema de seguridad social en salud. Si bien es cierto lo anterior, resulta igualmente importante para el caso concreto informar que, de acuerdo con las recomendaciones emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en su guía de práctica clínica para el manejo de la obesidad se requiere una evaluación preliminar de todo paciente con diagnóstico de obesidad para evaluar las condiciones asociadas y su manejo previamente para determinar si la obesidad es secundaria a otra patología o está relacionada con algún síndrome clínico por lo cual se requiere del abordaje de un equipo multidisciplinario previo al ingreso a la junta médica para la cirugía bariátrica.

De acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, así como con los supuestos fácticos que circunscriben la controversia en discusión, se procederá a estudiar el caso particular del actor, con el objetivo de determinar si existe o no la presunta vulneración ius-fundamental que se alega en el escrito de la demanda.

Es importante indicar al despacho que lo solicitado no está contenido en las coberturas del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. El PBS procura dar cobertura a los servicios y tecnologías necesarios para la protección efectiva del derecho a la salud y excluye de forma expresa aquellos a los que les aplicaron los criterios establecidos en la norma en mención.

Respecto del estudio de subsidiaridad, se tiene que, en principio, el accionante podría acudir ante el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, la misma Corte ha reconocido que se trata de un trámite judicial que, si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo que le han impedido ser considerado como un procedimiento que, dadas las complicadas condiciones de salud de la solicitante –quien padece de obesidad mórbida– y la expedita naturaleza de la protección que requiere –pues puede llegar a padecer enfermedades como hipertensión arterial y diabetes; cuente con el suficiente nivel de eficacia como para inhabilitar la intervención del juez constitucional.

Finalmente, dada la situación del ciudadano, quien padece de la PACIENTE CON OBESIDAD MÓRBICA GRADO III, se encuentra acreditado el requisito de relevancia constitucional, pues se trata de un paciente a quien presuntamente se le han desconocido sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, por las barreras administrativas que le ha impuesto la EPS.

Reunidas así las condiciones mínimas de procedencia, es viable emprender el estudio de fondo de la controversia.

De igual forma, se evidencia que se encuentran cumplido los preceptos dispuestos por la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-490/2020 que indican En estos casos, la labor del

usuario dentro del trámite administrativo que se surte entre la EPS, IPS y el ente territorial es totalmente pasiva, es decir que no interviene en el procedimiento de autorización, consecución de proveedores o instituciones prestadoras de salud, incluso cuando el paciente se encuentre hospitalizado.

De allí que, al ser un trámite administrativo en el cual no interviene el paciente, la E.P.S no le debe trasladar a él cargas como el trámite de autorizaciones, solicitudes de cotización o consecución de proveedores de servicios, insumos o medicamentos teniendo en cuenta que para poder realizarle la cirugía se requería que el paciente sea calificado como apto, lo cual no ocurrió en el presente caso, sin que se aportara argumentos de contenido médico o científico.

En la contestación al requerimiento judicial, LA NUEVA E.P.S., reiteró como único argumento que se trata de un procedimiento médico excluido del PBS. sin embargo, la realización de la intervención quirúrgica depende del médico tratante y de la observancia de las recomendaciones realizadas al paciente, al respecto ORGANIZACIÓN CLINICA BONNADONA PREVENIR S.A.S, indicó que, para la programación del procedimiento gastrectomía vertical (manga gástrica) por laparoscopia objeto de la acción de tutela, la paciente debe ser valorada por cirujano bariátrico de la organización, valoración que la paciente no ha tenido, el caso se somete a junta médica, junta médica que no se ha realizado y valoración por anesthesiólogo de la organización, valoración que tampoco la paciente ha sido sometida por lo anterior la paciente debe dirigirse a la NUEVA EPS, para que emita la orden de servicio para valoración por cirugía bariátrica, junta médica y anestesiología a la Organización Clínica General del Norte en el evento que la orden este dirigida a otra IPS la paciente debe cumplir el protocolo en esa institución.

Al respecto, La Ley 1885 de 2018, relacionó los deberes de las personas frente al servicio de salud, advirtiendo que en ningún caso se podrá impedir o restringir el acceso oportuno a los mismos invocando su incumplimiento. El mencionado artículo señala entre otros el deber de: *“Junta de Profesionales de la Salud: grupo de profesionales de la salud, los cuales se reúnen para analizar la pertinencia y la necesidad de utilizar una tecnología en salud o servicio complementario de soporte nutricional ambulatorio o medicamento incluido en el listado temporal de usos no incluidos en registro sanitario, prescritos por el profesional de la salud...”*

En este orden de ideas, estima esta agencia que, si bien el derecho a la salud debe ser garantizado en óptimas condiciones, también los afiliados y pacientes tienen responsabilidades ante las E.P.S. e I.P.S. a fin de que los servicios requeridos sean prestados conforme a los mandatos constitucionales y legales. Cada una de las entidades promotoras y prestadoras del servicio de salud cuenta con una normativa para desarrollar, dirigida a todos los usuarios que gozan del acceso a los servicios de salud y sobre los cuales deben cumplir obligaciones en el ejercicio de su derecho.

En el caso de marras, si bien se le recomendó por los médicos tratantes, la cirugía Bariátrica, la misma está condicionada al cumplimiento del paciente en las recomendaciones, estudios previos y demás necesarios brindados en el programa de obesidad, por tal razón, es necesario la calificación de Junta de Profesionales de la Salud para su realización. Y ante la manifestación de la parte actora de displicencia atribuible a la entidad, sin que se hubiere realizado la valoración pre quirúrgica o junta médica previa a la cirugía, se concreta la vulneración de la garantía constitucional a la salud.

En el caso de marras, se protegerá el derecho fundamental a la salud, la señora IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ, en atención a el diagnóstico OBESIDAD MORBIDA GRADO III, y se ordenará a LA NUEVA E.P.S., programar una junta médica, en lo que respecta al procedimiento objeto de la acción constitucional, en caso de ser favorable iniciar la preparación pre quirúrgica, y proceda a emitir la orden de la intervención quirúrgica GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA, en atención a mejorar su calidad de vida, la cual deberá ser realizada en un término no mayor a tres meses y practicada por un médico adscrito a la red prestadora del servicio.

#### X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se ampararán los derechos deprecados ordenando a LA NUEVA E.P.S., que, autorice y materialice programar junta médica, en lo que respecta al procedimiento para la cirugía Bariátrica, y se continúe con su trámite.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

1. AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y la vida digna, al acceso efectivo a la salud, de la señora IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ CC 1124382902, vulnerados por la NUEVA EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. ORDENAR a LA NUEVA E.P.S., para que en el término improrrogable de dos (02) días proceda a emitir cita de control y valoración de junta médica, que requiera el paciente IBETH VIVIAN PADILLA DIAZ CC 1124382902, que determine la aptitud de la paciente para la práctica de la intervención GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA. En caso del cumplimiento de las condiciones de salud del paciente, iniciar la preparación pre quirúrgica, proceda a programar la intervención quirúrgica GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA, la cual deberá ser realizada en un término no mayor a tres meses, practicada por el médico tratante o un médico adscrito a la red prestadora del servicio adscrita a la entidad NUEVA E.P.S.
3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico [ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co).
4. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.  
  
LINETH MARGARITA CORZO COBA  
JUEZA