

REPÚBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO
FLORENCIA - CAQUETÁ**

Proceso : Acción de tutela
Radicación : 18-001-31-18-001-2022-00146-00
Accionante : ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA
Accionado : NUEVA EPS
Sentencia : **151**

Florencia, Caquetá, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela promovida por el señor **ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA**, en contra de **NUEVA EPS**, de manera oficiosa se vinculó a la **CLÍNICA MEDILASER S.A** de Neiva (H.) y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-ADRES** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, igualdad y dignidad humana.

2.- ANTECEDENTES

Funda el accionante su solicitud de amparo en los siguientes hechos:

Señala la señora **ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA** que, es madre cabeza de familia, en la actualidad se encuentra desempleada, pues, laboró en el extinto MEDIMAS y a la fecha no cuenta con empleo alguno.

Refiere, la actora que, el día 18 de marzo de 2022, fue remitida por el médico internista de la IPS Salud Vital a cirugía bariátrica, por el diagnóstico de hipertensión y obesidad, posteriormente el día 2 de mayo fue valorada por el psiquiatra; el 6 de mayo fue valorada por medicina interna; el 7 de mayo de 2022 fue valorada por nutrición y en ese momento se le concedió visto bueno para la cirugía.

Acota la actora, que el día 22 de abril de 2022, fue valorada por el cirujano bariátrico en la ciudad de Neiva, este le ordenó una serie de laboratorios (pre-quirúrgicos), teniendo en cuenta que el objetivo fundamental de su intervención es la mejora de sus enfermedades asociadas a la obesidad y no del aspecto estético o imagen corporal, posteriormente, el 3 de junio de 2022 fue valorada por la anestesióloga, doctora IRMA LARIOS.

Refiere la actora que, el 3 de junio de 2022 el Dr. RENGIFO Cirujano Bariátrico la volvió a valorar y le indicó que ya tenía visto bueno de la junta de médica, por lo que proporcionó la orden médica para la solicitud de la GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GÁSTRICA POR LAPAROSCOPIA) tal como se observa en la historia clínica.

Arguye la accionante, que la aprobación de la cirugía fue radicada en la sede de la Nueva EPS el día 7 de junio de 2022, y le informaron que debía esperar (5) días para la autorización de la cirugía, como quiera que no recibió respuesta pasado (50) días desde su radicación, se acercó a las instalaciones de la EPS accionada y le informaron que debía seguir esperando una respuesta por parte de esa entidad.

Advierte que el 28 de julio volvió a la Nueva EPS en donde le manifestaron que debe ir a una nueva valoración a la ciudad de Bogotá con el cirujano bariátrico, para así poder autorizar la cirugía. Razón por cual, llamó a la Clínica Medilaser de Neiva, para saber si existía convenio con la Nueva EPS, quienes les informaron que si tenían convenio y que además se encontraba programando procedimientos para personas que se encontraba en la ciudad de Bogotá.

Por lo anterior, refiere la actora, que se encuentra en desacuerdo con lo señalado por la EPS accionada, teniendo en cuenta que ella ya adelantó todo el procedimiento para ser operada con el cirujano bariátrico en la ciudad de Neiva, pues acota que lo que pretende la accionada es dilatar el procedimiento y que asuma ciertos costos como el trasladarse a la ciudad de Bogotá, sin tener en cuenta que ella en el momento no cuenta con un empleo que le permita sufragar los mismo.

2.1.- Petición

Con fundamento en los hechos anteriormente relacionados, la señora **ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA**, solicita se tutelen sus derechos fundamentales, y en consecuencia se ordene a NUEVA EPS, que realice el procedimiento denominado manga gástrica, tal como lo ordenó por el médico tratante en la Clínica Medilaser en la ciudad de Neiva donde he sido valorada en 2 ocasiones.

Igualmente solicita se ordene a la accionada el suministro del valor de los pasajes del desplazamiento de ida y regreso y el hospedaje para la accionante y un acompañante a la Ciudad de Neiva.

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 28 de julio de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto de la misma fecha², a través del cual se dispuso oficiar a las entidades accionadas, para que, dentro del término legal de un (1) día contado a partir del recibo de la notificación respectiva, se pronunciaran sobre los hechos planteados y las circunstancias de que da cuenta la solicitud de amparo, al tiempo que, se dispuso la vinculación de la CLINICA MEDILASER S.A sede Neiva Huila y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-ADRES y se requirió al accionante para que aportara información y documentación adicional.

¹ Ver archivo "02ActaReparto.pdf" del expediente digital.

² Ver archivo "06AutoAdmisiónTutela2022000146.pdf" del expediente digital.

4.- RESPUESTA A LOS REQUERIMIENTOS REALIZADOS POR ESTE DESPACHO

4.1.- LAURA VANESA GIRALDO OSORIO, en calidad de apoderado especial de **NUEVA EPS S.A.**, mediante escrito allegado el 01 de agosto de 2022³, manifestó que, la señora ZULMA PATRICIA ZÚÑIGA LEYVA se encuentra afiliada al Régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de esa EPS en estado de afiliación activo, que la EPS ha venido asumiendo todos y cada uno de los servicios solicitados por el afiliado, 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.

Adujo que, se procedió a verificar el caso del accionante, encontrando que al paciente se le viene garantizando de manera continua cada uno de los servicios de salud requeridos, de igual manera tiene acceso a cada uno de los servicios de salud ofertados a través de la red de prestadores contratada, agregando que, en el escrito aportado por parte del accionante no se logra evidenciar que esa Entidad esté violentando derechos fundamentales, por el contrario y tal como se puede apreciar en los soportes allegados, se está prestando los servicios de salud requeridos para el manejo de la patología que padece.

Argumentó que, no se debe acceder a la pretensión del accionante respecto a ordenar a esa EPS suministrar tratamiento integral futuro, toda vez que “*la Resolución 2292 de 2021, “por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”* **no incluye la prestación de Manga gástrica**, ahora bien, también manifestó la ley estatutaria de salud⁴ en su artículo 15 determinó los criterios que impiden la financiación de servicio y tecnologías en salud⁵, con recursos públicos asignados a dicho sector, previo agotamiento de un procedimiento técnico – científico, a cargo del Ministerio de salud, quien 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 la exclusión, en ese orden de ideas la entidad resalta la solidaridad y responsabilidad de los afiliados al sistema de salud, como lo define la normatividad misma, el Sistema de Seguridad Social en Salud les ha interpuesto deberes a los usuarios y en especial el de propender por el cuidado integral frente a su salud, tal y como lo establece la Ley⁶, por ende, en virtud al principio de corresponsabilidad, el servicio **manga gástrica** deben ser asumidos en su totalidad por la accionante y no por el sistema de seguridad social en salud.

Por lo anterior, considera la entidad accionada que se debe **negar** la prestación de manga gástrica por ser un servicio no financiado por la Unidad de Pago por Capitación,

³ Ver archivos “08CorreoRespuestaNuevaEps.pdf” y “09RespuestaNuevaEps.pdf” del expediente digital.

⁴ Ley 1751 de 2015.

⁵ “Artículo 15. Prestaciones de salud. 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”

⁶ Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social.

no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.

Refirió que, es importante diferenciar entre procedimiento estético y funcionales lo cual está ampliamente descrito en jurisprudencia como lo es la sentencia T-003 de 2019⁷, las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del Plan. Sin embargo, las reconstructivas de carácter funcional se pueden entender incluidas y las IPS deberán responder por su autorización y realización; con fundamento en el lineamiento antes mencionado, en virtud del cual “todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido”, así como también por tratarse de un procedimiento de rehabilitación.

Añade que, no todos los servicios de salud de encuentran contratados con una única IPS y no es posible garantizar contratación de manera indefinida con esta institución prestadora de salud, aunado que la accionante no desvirtúa que la IPS asignadas no sean idóneas, por tanto, los afiliados deben acogerse a la IPS a la que son remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones; por otro lado manifiesta la parte accionada que, el servicio de transporte requerido por la accionante solo se garantiza en los eventos expresamente señalados en la resolución 2292 del 23 de diciembre del 2021, donde se actualizo el servicio y tecnologías en salud financiadas con los recursos de la unidad de pago por capitación UPC, por lo tanto, los transporte fuera de esta cobertura no son procedentes, por ende, el transporte requerido por la accionante no es procedente y este se debe negar en la medida que debido a que su lugar de residencia Florencia, Caquetá no se encuentra en el listado de municipios corregimientos departamentales.

Indica la entidad que, lo que respecta a la pretensión de transporte para el acompañante, este excede la órbita del plan de beneficios en salud, y se torna por completo improcedente que el accionante solicite que este servicio se extienda al acompañante, por lo tanto, no se puede acceder a la solitud de la tutela, dado que los casos en los que se garantizan no se cumplen para el caso concreto, así mismo como lo es con los gastos de alojamiento y alimentación pues tales no constituyen servicios médicos.

Finalmente, atendiendo los argumentos fácticos y jurídicos expuestos, solicitó se negaran laspretensiones de la señora ZULMA PATRICIA ZÚÑIGA LEYVA, al no haberse acreditado la procedencia de los servicios, de igual manera, solicitó que se niegue la solicitud de ordenar el tratamiento de manga gástrica por considerarse un procedimiento estético, negar la ayuda de transporte alimentación y alojamiento para la accionante y un acompañante en el entendido que son gastos fijos, y para el caso que nos ocupa la Entidad no están vulnerando ningún derecho fundamental del accionante, para ser ordenados a la prestación de un tratamiento integral.

4.2 JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, jefe de la oficina jurídica de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, a través de escrito allegado el 05 de agosto de 2022⁸, manifestó que, de acuerdo con la normatividad, es función de la EPS,

⁷ Sentencia T- 003 de 2019, “(...) Distinción entre procedimientos estéticos y funcionales Como se observa de la lista de exclusiones presentada en el acápite anterior, la relativa a tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor, no puede ser cubierta con los recursos previstos para el Plan de Salud (...)

⁸ Ver archivo “11CorreoRespuestaAdres.pdf” y “12RespuestaAdres.pdf” del expediente digital.

y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Administradora, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Señaló que, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Refirió que, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente eran objeto de recobro ante la ADRES, quedando a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios, de la misma forma cómo funciona la Unidad de Pago por Capitación (UPC), lo que significa que ADRES ya transfirió a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos y asegurar la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Añadió que, en cuanto a que, si al accionante se le ha brindado algún tipo de prestación de servicios de salud, dentro de las funciones de la ADRES no se encuentra prestar servicios de salud y por tanto, no tiene contacto directo con los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, por lo que dicha información, puede ser suministrada por la EPS o alguna IPS que preste servicios la accionante.

De acuerdo a lo anterior, solicitó negar el amparo invocado por el accionante, en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia se proceda a desvincular a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional; de igual manera, solicitó abstenerse de pronunciarse respecto de la facultad de recobro, en tanto dicha situación escapa ampliamente al ámbito de la acción de tutela, pues entraría a definir decisiones que son de competencia exclusiva de entidades administrativas por ministerio de la Ley y el Reglamento, y en nada afecta la prestación de servicio de salud.

Por otra parte, omitió allegar a este Despacho la información y documentación que le fue requerida en Auto interlocutorio No. 088 del 21 de abril de 2022.

4.3 CLINICA MEDILASER S.A.S sede Neiva, a pesar de estar debidamente notificado del inicio del trámite tutelar⁹, omitió pronunciarse sobre los hechos y pretensiones expuestas en el escrito de tutela.

⁹ Ver archivos “07ConstanciaNotificacionAdmisionTutela202200146.pdf” expediente digital.

5. CONSIDERACIONES

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a que una de las entidades accionadas NUEVA EPS es del orden nacional, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 2 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

Sea lo primero señalar que la acción de tutela es un mecanismo cuya finalidad consiste en garantizar el disfrute de los derechos fundamentales en el evento en que estos hayan sido violados o amenacen ser violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares. Además, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario al que se acude, en últimas, para remediar o evitar un perjuicio, no así una instancia respecto de los derechos reclamados.

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. Legitimación.

Así mismo, se observa que la acción de tutela es promovida por la señora ZULMA PATRICIA ZÚÑIGA LEYVA, quien es la persona directamente afectada, por lo cual no existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

Frente a la *legitimación por pasiva*, se encuentra que la acción se interpone en contra de NUEVA EPS, vinculándose a la CLINICA MEDILASER S.A.S sede Neiva Huila y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, por lo que, al tratarse de entidades públicas, así como de particulares encargados de la prestación del servicio público de salud y respecto de quienes el accionante se encuentra en situación de indefensión, se advierte cumplido este requisito, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991.

5.4 Problema Jurídico.

Así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si en el caso planteado por el accionante, se configura una violación a los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida e integridad personal de la señora ZULMA PATRICIA

ZÚÑIGA LEYVA, como consecuencia de la presunta omisión por parte de NUEVA EPS, consistente en no haber sido prestado los servicios de *manga gástrica* y el suministro del valor de los pasajes de ida y regreso y hospedaje de la accionante y un acompañante, para que este se realice en la ciudad de Neiva, que dice le han sido reprogramados en múltiples ocasiones, sin que a la fecha se le haya prestado el servicio.

5.5 Solución al Problema Jurídico.

5.5.1 Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela. Subsidiaridad e Inmediatez.

Frente al requisito de *inmediatez*, se advierte acreditado el cumplimiento del mismo, habida cuenta que, según lo manifestado por el accionante en el escrito tutelar, la EPS accionada le autorizó el servicio de "*manga gástrica*" en la IPS SALUD CLINICA MEDILASER de la ciudad de Neiva, y la orden del suministro del valor de los pasajes del desplazamiento de ida y regreso y el hospedaje para la accionante y un acompañante a la ciudad de Neiva, sin embargo, el servicio médico no se prestó, por lo cual, a la fecha en que promovió la presente acción de tutela no había recibido la prestación del servicio médico, y al parecer la presunta vulneración de sus derechos persiste.

En relación con el requisito de *subsidiariedad*, se tiene que el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela "solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". En aplicación de esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para remediar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Según la jurisprudencia, una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

En consecuencia, se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que la tutela es una acción idónea para proteger el derecho a la salud del accionante, que según lo manifestado, previamente ha requerido ante la EPS accionada, la realización de la "*manga gástrica*" sin que al parecer se hubiese materializado la misma a la fecha en que promovió la acción de amparo.

5.5.2 El derecho fundamental a la salud.

Conforme a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la atención en salud, así como la seguridad social son servicios públicos de carácter obligatorio y esencial a cargo del Estado, que deben prestarse bajo su dirección, coordinación y control, y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Precisamente, una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social.

En relación con la prestación de manera continua, eficiente y oportuna de los servicios de salud, la Corte Constitucional ha establecido¹⁰:

Dentro de los principios que orientan la garantía del derecho fundamental a la salud, contenidos en la Ley 1751 de 2015, cabe destacar el principio de continuidad. Este señala que las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, es decir, una vez iniciada la prestación de un servicio determinado, no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.

4.6. Conforme al numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, el principio en comento implica que “(...) toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separada del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. Por lo tanto, y según ha sido expuesto por la Corte, el mencionado mandato hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud.

4.7. Adicionalmente, esta Corporación fijó, en su momento, los criterios que deben observar las Entidades Promotoras de Salud para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que proporcionan a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados. Al respecto indicó que:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”

El goce efectivo del derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad.

El artículo 13 de la Constitución Política indica que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...). Dispone también que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...), al tiempo que protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”

El precepto constitucional citado, impone al Estado el deber de proteger de manera reforzada a las personas que, por su situación, son sujetos de especial protección. Igualmente los artículos 47 y 54 de la Constitución comportan el fundamento constitucional de protección especial que se da a las personas en condición de discapacidad. Es así, como entre los grupos que el Constituyente quiso incluir como objeto de protección reforzada, se encuentra el de las personas en situación de discapacidad. Sobre el particular, la Corte en sentencia T-120 de 2017, señaló que a las EPS corresponde:

¹⁰ Sentencia T-017 de 2021, M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

“a) Garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios; b) Deberán establecer programas de capacitación a sus profesionales y empleados para favorecer los procesos de inclusión de las personas con discapacidad; c) Garantizar los servicios de salud en los lugares más cercanos posibles a la residencia de la persona con discapacidad, incluso en las zonas rurales, o en su defecto, facilitar el desplazamiento de las personas con discapacidad y de su acompañante; d) Establecer programas de atención domiciliaria para la atención integral en salud de las personas con discapacidad; e) Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad (...)” (se resalta).

Asimismo, en la sentencia T-231 de 2019 La Corte reiteró que “el Estado Colombiano está obligado a implementar medidas tendientes a garantizar los derechos de las personas con discapacidad, teniendo como principales campos de acción la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social, la recreación, la cultura entre otros” (se resalta).

Por otro lado, dentro del marco del derecho internacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado mediante la Ley 74 de 1968, reconoce en su artículo 12 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y establece las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la efectividad de este derecho, tales como “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

En esta línea, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada mediante la Ley 1346 de 2009, establece en su artículo 25 que todas las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud. En consecuencia, exige a los Estados proporcionar los servicios de salud pertinentes de manera que se puedan prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades.

*A su turno, la Ley Estatutaria 1618 de 2013 determina, en su artículo 10, una serie de medidas que deben ser adoptadas por las entidades prestadoras de servicios de salud en armonía con el artículo 25 de la CDPD. Sobre dichas medidas, es relevante resaltar: “(i) la de garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios; (ii) la de establecer programas de atención domiciliaria para la atención en salud de las personas con discapacidad; y (iii) **la de** eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad” (se resalta).*

Por su parte, la Ley 1751 del 2015, en su artículo 11, dispone que la atención en salud de las personas en situación de discapacidad no podrá ser limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Por lo tanto, “las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”.

En conclusión, es importante puntualizar que el goce efectivo del derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad se rige por una serie de principios que el Estado debe observar y garantizar. Ello, con la finalidad de que los sujetos de especial protección, como las personas en situación de discapacidad, puedan alcanzar los más altos niveles de bienestar y, concretamente, de su estado de salud. En consecuencia, las entidades encargadas de suministrar los servicios de salud deben asegurar el acceso efectivo a este derecho, así como la plena realización de sus garantías fundamentales, sin que en dicho proceso medien restricciones de índole administrativa o económica.

El deber de las EPS de garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud. Reiteración de jurisprudencia.

Atendiendo al principio de continuidad, ya estudiado en esta providencia, es preciso señalar que los usuarios del sistema de salud tienen derecho a recibir la totalidad del tratamiento de acuerdo con las consideraciones del médico y que los servicios de que gozan no deben ser suspendidos, interrumpidos o limitados por parte de las Entidades Promotoras de Salud. Lo anterior, considerando que la interrupción de un tratamiento o la limitación del goce de su totalidad no debe ser originada por trámites de índole administrativo, jurídico o financiero de las EPS. De ahí que el deber impuesto a dichas entidades procura brindar un acceso efectivo a los servicios de salud.

En este sentido, la Corte Constitucional no ha sido pasiva en sus pronunciamientos frente al deber que recae sobre las Entidades Promotoras de Salud de garantizar la efectiva materialización de este derecho. Es así como en la sentencia T-259 de 2019 esta Corporación reiteró que “las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”.

Adicionalmente, la Corte señaló los criterios que deben ser tenidos en cuenta por las EPS para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que ofrecen a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados, bajo el entendido de que:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”(se resalta).

Por lo anterior, la interrupción arbitraria del servicio de salud es contraria, no sólo al derecho fundamental a la salud, sino también al derecho a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, especialmente tratándose de personas con algún tipo de discapacidad física, mental o sensoria. Ellas, como sujetos de especial protección, tienen derecho a obtener la totalidad del componente médico previsto para el manejo del padecimiento que les sobrevino. De manera que todos los pacientes puedan acceder efectivamente a los requerimientos necesarios para atender su condición de salud y tengan la oportunidad de vivir en el mayor nivel de bienestar posible.

En síntesis, para la Corte, el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud deben facilitar su acceso en observancia de los principios que rigen la garantía del derecho a la salud. Lo anterior, implica que las EPS no deben omitir la prestación de los servicios de salud por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan el acceso, práctica y finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes

5.5.3. Del derecho a la vida.

La primacía e inviolabilidad de la vida le otorga a ésta una especial protección constitucional; su desarrollo en la Carta de 1991, como principio, como valor y como derecho, refleja la importancia que se le atribuye dentro del ordenamiento jurídico. Según lo resaltado en la Sentencia T-102 de 1993, con ponencia de CARLOS GAVIRIA

DÍAZ: (...) “la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones.”

En primer lugar, como derecho de regulación positiva, el inciso segundo del art. 2º consagra el deber de las autoridades públicas de proteger la vida de todos los residentes en Colombia. Igualmente, la vida es reconocida como un derecho inalienable de la persona cuya primacía señala el art. 5º de la Carta. Más adelante, es ubicado dentro del Título Segundo, Capítulo Primero referente a los derechos fundamentales, estableciendo el art. 11 su carácter de inviolable, pues nadie puede vulnerarlo.

Dentro del desarrollo que del derecho fundamental a la vida ha realizado la jurisprudencia constitucional, se destaca que tiene dos ámbitos vinculantes para el Estado: debe respetarse y debe protegerse. Conforme a lo anterior, las autoridades públicas están doblemente obligadas a abstenerse de vulnerar el derecho a la vida y a evitar que terceras personas lo afecten.

Este segundo ámbito, se refiere al deber de asegurar o garantizar el respeto al derecho a la vida por parte de terceros. Dicho deber de protección no es formal, el amparo tiene que ser real y efectivo. Constituye una obligación positiva en cabeza del Estado para actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa y cuidado de este derecho fundamental, conforme al segundo inciso del art. 2º de la Constitución Política.

El Estado debe responder a las demandas de atención de manera cierta y efectiva, pues ante la amenaza que se tiende sobre la existencia y tranquilidad de individuos o grupos que habitan zonas de confrontación o que desarrollan actividades de riesgo en los términos del conflicto, es inexcusable que el Estado pretenda cumplir con sus deberes limitándose a señalar su imposibilidad para prestar la ayuda requerida¹¹.

5.5.4. Derecho a la dignidad humana.

En relación con el alcance y contenido del derecho a la dignidad humana, la Corte constitucional¹², ha puntualizado que:

La Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciados: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo.

Al respecto, dentro del mismo pronunciamiento, la Corte ha entendido a la dignidad humana como un derecho fundamental autónomo, en los siguientes términos:

Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado.

5.5.5. El cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y el acompañante.

Transporte.

¹¹ Sentencia T-981 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

¹² Sentencia T-291 de 2016

Según la Ley 1751 de 2015, artículo 6º, literal c, “(l) los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”. En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos¹³, lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.

Resulta importante diferenciar entre el transporte intermunicipal (traslado entre municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio)¹⁴. En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018-“Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, el cual busca que “las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución”

Bajo ese entendido, dicha Resolución consagró el Título V sobre “transporte o traslado de pacientes”, que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales “el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS”¹⁵

Siguiendo lo anterior, en principio el paciente únicamente está llamado a costear el servicio de transporte cuando no se encuentre en los eventos señalados en la Resolución 5857 de 2018¹⁶. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que cuando el servicio de transporte se requiera con necesidad y no se cumplan dichas hipótesis, los costos de desplazamiento no se pueden erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante. Por consiguiente, “es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS”

En consideración a lo anterior se han establecido las siguientes subreglas que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018:

“i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente¹⁷

ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.

iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

En relación con el transporte intramunicipal, esta Corporación ha evidenciado que “no se encuentran incluidos expresamente en el PBS con cargo a la UPC”, por consiguiente, cuando el profesional de la salud advierta su necesidad y verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en los anteriores párrafos, deberá tramitarlo a través del procedimiento de recobro correspondiente¹⁸

Alimentación y Alojamiento.

La Corte Constitucional reconoce que estos elementos, en principio, no constituyen servicios médicos, en concordancia, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o por su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, excepcionalmente, esta Corporación ha ordenado su financiamiento.

Para ello, se han retomado por analogía las subreglas construidas en relación con el servicio de transporte. Esto es, (i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige “más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento”¹⁹.

¹³ Sentencia T-074 de 2017 y T-405 de 2017

¹⁴ Sentencia T-491 de 2018

¹⁵ Sentencia T-491 de 2018.

¹⁶ Sentencia T-491 de 2018.

¹⁷ Sentencia T-769 de 2012.

¹⁸ Sentencia T-491 de 2018.

¹⁹ Sentencias T-487 de 2014, T-405 de 2017 y T-309 de 2018.

Transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante.

En algunas ocasiones el paciente necesita un acompañante para recibir el tratamiento médico. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando (i) se constate que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado²⁰.

Falta de capacidad económica.

En relación con el requisito consistente en demostrar la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante debe precisarse que la ausencia de capacidad financiera puede constatararse con los elementos allegados al expediente, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho pero, en caso de guardar silencio, la afirmación del paciente se entiende probada y, puntualmente, respecto de las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud mediante el Régimen Subsanoado o inscritas en el SISBEN “hay presunción de incapacidad económica (...) teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”²¹.

5.6. CASO CONCRETO

Corresponde determinar si a partir del proceder que acusa el accionante en su escrito de tutela, la entidad ha vulnerado los derechos fundamentales que invoca.

De los documentos arrojados se desprende lo siguiente:

- (i)** La señora ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA, se encuentra afiliada al Régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de LA NUEVA E.P.S S.A en estado de afiliación activo²².
- (ii)** La señora ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA aduce en su escrito tutelar, la actora que, el día 18 de marzo de 2022, fue remitida por el médico internista de la IPS Salud Vital a cirugía bariátrica, por el diagnóstico de hipertensión y obesidad, posteriormente el día 2 de mayo fue valorada por el psiquiatra; el 6 de mayo fue valorada por medicina interna; el 7 de mayo de 2022 fue valorada por nutrición y en ese momento se le concedió visto bueno para la cirugía. El 22 de abril de 2022, fue valorada por el cirujano bariátrico en la ciudad de Neiva, donde se le ordenó una serie de laboratorios (pre-quirúrgicos), posteriormente el 3 de junio de 2022 fue valorada por la anestesióloga, finalmente, el 3 de junio de 2022 Cirujano Bariátrico manifestándole que ya tenía visto bueno de la junta de médica, proporcionándole la orden médica para la solicitud de la GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA POR LAPAROSCOPIA) tal como se observa en la historia clínica.
- (iii)** En vista de lo anterior, señaló la actora que, que la aprobación de la cirugía fue radicada en la sede de la Nueva EPS el día 7 de junio de 2022, y le informaron que debía esperar (5) días para la autorización de la cirugía, como quiera que no recibió respuesta pasado (50) días desde su radicación, se acercó a las instalaciones de la EPS accionada y le informaron que debía seguir esperando una respuesta por parte de esa

²⁰ Sentencia T- 259 de 2019.

²¹ *Ibidem*.

²² Conforme a la información suministrada por la NUEVA EPS al descender el traslado dentro del presente trámite

entidad, al no obtener respuesta el pasado 28 de julio volvió a la Nueva EPS en donde le manifestaron que debe ir a una nueva valoración a la ciudad de Bogotá con el cirujano bariátrico, para así poder autorizar la cirugía.

- (iv)** Se allega por parte del accionante, autorizaciones de servicios No. (438402) GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GÁSTRICA POR LAPAROSCOPIA) del 3 de junio de 2022, emitida por Clínica Medilaser S.A.S de la ciudad de Neiva, médico tratante Germán Antonio Rengifo Alvis²³.
- (v)** Por su parte, la NUEVA EPS al descorrer traslado a la presente acción constitucional, indicó que la señora ZULMA PATRICIA ZÚÑIGA LEYVA se encuentra afiliada al Régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de esa EPS en estado de afiliación activo, que la EPS ha venido asumiendo todos y cada uno de los servicios solicitados por el afiliado, encontrando que a la tutelante se le viene garantizando de manera continua cada uno de los servicios de salud requeridos, de igual manera tiene acceso a cada uno de los servicios de salud ofertados a través de la red de prestadores contratada, agregando que, en el escrito aportado por parte del accionante no se logra evidenciar que esa Entidad esté violentando derechos fundamentales, por el contrario y tal como se puede apreciar en los soportes allegados, se está prestando los servicios de salud requeridos para el manejo de la patología que padece.
- (vi)** Argumentó que, no se debe acceder a la pretensión del accionante respecto a ordenar a esa EPS suministrar tratamiento integral futuro, toda vez que “la Resolución 2292 de 2021, “por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud” no incluye la prestación de Manga gástrica, por ende, en virtud al principio de corresponsabilidad, el servicio manga gástrica deben ser asumidos en su totalidad por la accionante y no por el sistema de seguridad social en salud.
- (vii)** Añadió que, no todos los servicios de salud de encuentran contratados con una única IPS y no es posible garantizar contratación de manera indefinida con esta institución prestadora de salud, aunado que la accionante no desvirtúa que la IPS asignadas no sean idóneas, por tanto, los afiliados deben acogerse a la IPS a la que son remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones; por otro lado manifiesta la parte accionada que, el servicio de transporte requerido por la accionante solo se garantiza en los eventos expresamente señalados en la resolución 2292 del 23 de diciembre del 2021, donde se actualizo el servicio y tecnologías en salud financiadas con los recursos de la unidad de pago por capitación UPC, por lo tanto, los transporte fuera de esta cobertura no son procedentes, por ende, el transporte requerido por la accionante no es procedente y este se debe negar en la medida que debido a que su lugar de residencia Florencia, Caquetá no se encuentra en el listado de municipios corregimientos departamentales. Finalmente, atendiendo los argumentos fácticos y jurídicos expuestos, solicitó se negaran las pretensiones de la señora ZULMA PATRICIA ZÚÑIGA LEYVA,

²³ Ver Archivo “04Anexo1.pdf” folio No. 1 expediente digital.

al no haberse acreditado la procedencia de los servicios, de igual manera, solicitó que se niegue la solicitud de ordenar el tratamiento de manga gástrica por considerarse un procedimiento estético, negar la ayuda de transporte alimentación y alojamiento para la accionante y un acompañante en el entendido que son gastos fijos, y para el caso que nos ocupa la Entidad no están vulnerando ningún derecho fundamental del accionante, para ser ordenados a la prestación de un tratamiento integral

- (viii)** Por su parte el jefe de la oficina jurídica de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, al descorrer el traslado manifestó que, de acuerdo con la normatividad, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Administradora, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad. Señaló que, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.
- (ix)** Por último, **LA CLÍNICA MEDILASER S.A.S** sede en Neiva (H.), a pesar de estar debidamente notificado del inicio del trámite tutelar²⁴, omitió pronunciarse sobre los hechos y pretensiones expuestas en el escrito de tutela.

Acusa la señora ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA, vulnerados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, igualdad y dignidad humana, por parte de NUEVA EPS, al haber acudido ante accionada para la programación de su cirugía de GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA POR LAPAROSCOPIA), solicitud que radicó desde el 7 de junio de la presente calenda y hasta el momento de interposición de la presente acción constitucional, no se han autorizado los servicios de salud requeridos.

En el presente asunto, la accionante solicita se ordene a NUEVA EPS, que adelante las gestiones correspondientes para que le sean prestados los servicios médicos ordenados los médicos tratantes y que no han sido autorizados por la EPS accionada, quien al descorrer el traslado, manifestó que los servicios médicos requeridos por la actora, que se encuentra excluido de la Resolución 2292 de 2021, “por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud” y por lo tanto no es financiado por la Unidad de Pago por Capitación, pues no se encuentra relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.

Frente a ese punto la Ho. Corte Constitucional en sentencia T - 322 de 2018 manifestó lo siguiente:

²⁴ Ver archivos “07ConstanciaNotificacionAdmisionTutela202200146.pdf”

“(…) En el caso *sub-examine*, la presente acción de tutela fue incoada con la aspiración de que a la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo se le autorice, por la EPS Medimás, la realización del procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado *Bypass por Laparoscopia*, el que le fue diagnosticado como *urgente* por su médica tratante, doctora Adriana Córdoba Chamorro de la Sociedad de Cirugía de Bogotá –Hospital San José–.

(…)

(i) En ese contexto, siendo que la pretensión principal de la acción de tutela que convoca en esta ocasión a la Corte es que se autorice a la actora el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado *Bypass por Laparoscopia*, se hace necesario destacar que se trata de un recurso médico que se ordena ante la necesidad evidenciada por la profesional de la salud tratante de realizar la aludida cirugía debido a la patología de obesidad mórbida que padece la demandante²⁵.

(ii) Al realizarse una revisión pormenorizada de la Resolución 5269 de 2017, por medio de la que el Ministerio de Salud y la Protección Social incluyó algunos servicios y tecnologías en el plan de servicios en salud, se constata que el procedimiento de *Bypass por Laparoscopia* no reposa en ese listado; es decir, no hace parte del referido plan, causa por la que, en principio, no debería autorizarse por la entidad promotora de salud la aludida cirugía.

De igual manera, del examen de la Resolución 5267 de 2017, a través de la que Ministerio de Salud y la Protección Social adoptó el listado de servicios y tecnologías que deberían ser excluidos del plan de servicios en salud, se confirma que el procedimiento requerido por la solicitante no ha sido descartado del citado plan.

Resulta relevante llamar la atención en que si bien la EPS accionada podría esgrimir que se trata de un servicio expresamente excluido, al poder ser catalogado como uno de carácter estético, lo cierto es que en esta ocasión²⁶, como lo determinó el médico tratante, el procedimiento de *Bypass por Laparoscopia* cumple una función relacionada con la recuperación y cuidado de la salud de la accionante, pues lejos de ser un asunto meramente “estético”, ha sido diagnosticada con “obesidad mórbida” y dicha patología representa un grave riesgo a su salud y a su integridad física.

De acuerdo con lo reseñado, se distingue que el procedimiento de *Bypass por Laparoscopia* al no encontrarse incluido ni excluido dentro del aludido plan, es decir, al hallarse en un espacio *anómico*; procede que el juez constitucional acuda a los requisitos dispuestos por la Sentencia T-760 de 2008, analizados en párrafos anteriores²⁷, para precisar la necesidad de ordenar o no a la EPS Medimás que se le autorice a la paciente la cirugía requerida.

(…)

Por consiguiente, es notorio que la falta de autorización de la EPS Medimás para que se realice el *Bypass por Laparoscopia* a la demandante pone en riesgo su salud y sus condiciones de vida digna, pues requiere de ese procedimiento médico no solo para evitar otro tipo de enfermedades como la diabetes y la hipertensión, sino para mejorar su aspecto físico su movilidad y su propia autoestima.

²⁵ Página 11, cuaderno no. 1

²⁶ Tal y como se ha reconocido en ocasiones anteriores por este tribunal.

²⁷ Página 18. *Ibíd.*

Por su parte, (b) al analizar la Resolución 5269 de 2017²⁸ es plausible indicar que no existe, dentro del Plan de Beneficios en Salud, un procedimiento que pueda sustituir la cirugía bariátrica requerida por la paciente, pues resulta patente que el dictaminado por la médica tratante para mejorar la condición clínica de la accionante no es otro que es el *Bypass por Laparoscopia*, juicio profesional que no es discutido o debatido por la EPS Medimás.

A su vez, resulta diáfano que se trata de una prestación que requiere, necesariamente, (c) del aval del médico tratante y que no puede ser autónomamente autorizada por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que este termine por exceder sus competencias y experticias al desconocer cuales son los criterios técnicos-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad.

En efecto, en este caso, al demostrarse que la accionante cuenta con una orden en ese sentido²⁹, esto es, que determine la necesidad de la cirugía de *Bypass por Laparoscopia*, no se puede pretender desconocer el razonamiento calificado de la profesional de la salud que valoró su situación particular y concluyó la urgencia de la misma.” (resaltado del Despacho).

En relación a lo anterior, se tiene que no son de recibo los argumentos expuesto por la Nueva EPS, toda vez que de la historia clínica de la accionante se observa que el procedimiento ordenado ha sido producto del diagnóstico que presenta “obesidad por exceso de calorías”, del cual la actora se ha sometido a una serie de exámenes y procedimientos recibiendo el aval de la junta médica quirúrgica de cirugía bariátrica metabólica de la Clínica Medilaser de la ciudad de Neiva Huila³⁰, IPS a la cual fue remitida la tutelante por parte de la entidad accionada. Por lo que el actuar de le EPS accionada desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud, por tanto, al verificarse la necesidad de la intervención, el juez constitucional debe tomar medidas para que los servicios prescritos por el médico tratante, sean suministrados eficiente y responsablemente, por lo que este Despacho procederá a tutelar los derechos fundamentales a la salud, la vida y dignidad humana de la señora ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA, pues el procedimiento quirúrgico que reclama la actora se encuentra debidamente ordenado por el equipo interdisciplinario que hace parte de la red prestadora de servicios de salud contratados por la EPS accionada.

Ahora bien, en la respuesta de la Nueva EPS no se infiere de sus manifestaciones razón que desvirtúe las condiciones económicas y familiares en las que se encuentra la actora o que haya desplegado alguna gestión para desvirtuar lo expuesto por la parte demandante en el escrito de tutela que sustente el deber familiar de cuidado en las situaciones como las de la ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA, al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que:

“(…) La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos. Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su

²⁸ Ministerio de Salud y de la Protección Social.

²⁹ Páginas 11 y 36, cuaderno no. 1.

³⁰ Ver Archivo “04Anexo1.pdf” folio No. 12 expediente digital.

inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas se tengan como prueba suficiente.” Sentencia T-178/17.

Es claro entonces, que no desvirtuó probatoriamente en el caso de marras la situación económica de la parte accionante que impida al Juez Constitucional conceder por vía de tutela la provisión de este servicio aquí pretendido, nótese que tal como lo expuso la actora reside manifestó que se encuentra desempleada y no cuenta con los recursos económicos para sufragar los gastos del procedimiento médico autorizado por su médico tratante, máxime cuando este se debe realizar en una ciudad distinta a la de su residencia.

En consecuencia, se ordenará a NUEVA EPS que, por parte del Gerente Zonal de Florencia, Caquetá, con apoyo de las demás dependencias, y de acuerdo con sus competencias, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, autorice el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA POR LAPAROSCOPIA) a la señora señora ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA, de acuerdo con las valoraciones que ha efectuado la profesional de la salud tratante doctor Germán Antonio Rengifo Alvis. Una vez se encuentre programada la fecha en que se llevará a cabo el procedimiento clínico de GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA POR LAPAROSCOPIA) en la Clínica Medilaser de la ciudad de Neiva Huila, lapso que no puede ser superior a treinta (30) días luego de expedida la autorización, la Nueva EPS deberá comunicar a la accionante, con ocho (8) días de anticipación y por el medio más expedito, la aludida fecha, para que esta pueda programar, con suficiente tiempo de antelación, su desplazamiento a la ciudad de Neiva Huila. Igualmente, deberá suministrar los gastos de transporte y alojamiento, necesarios para para la accionante y su acompañante, cuando los servicios médicos que dieron origen a este trámite sean prestados en ciudad diferente a Florencia (Caquetá) o su lugar de residencia. Lo anterior, deberá acreditarse ante este Despacho con constancia de la prestación del servicio de salud, so pena de que pueda iniciarse trámite de cumplimiento y/o incidente de desacato.

Por último, se advierte a la parte actora que para efectos de impartir el trámite de cumplimiento o el incidente de desacato previstos en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, respectivamente, deberá poner en conocimiento del Despacho, la omisión por parte de la entidad en atender las órdenes impartidas en la sentencia de tutela, en el evento que no haya procedido de conformidad y en los términos previstos en esta decisión.

Finalmente, en lo referente a la solicitud realizada por la accionada NUEVA EPS, relacionada con que si se ordena entregar servicios o insumos no incluidos en el plan de beneficios en salud, pero que se pueden financiar con recursos del sistema de salud, se ordene a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DE SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES el pago de los servicios directamente al prestador y en caso de no considerar esta opción, se otorgue el recobro de los servicios a favor de ASMET SALUD EPS y con cargo al ADRES, es menester señalar que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto ha establecido lo siguiente:

Ahora, de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo

*con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela.*³¹

Por lo anterior, es menester que este Despacho Judicial se abstenga de pronunciarse respecto de la facultad de recobro, en tanto dicha situación escapa ampliamente al ámbito de la acción de tutela, pues entraría a definir decisiones que son de competencia exclusiva de entidades administrativas por Ministerio de la Ley y el Reglamento, y en nada afecta la prestación de servicio de salud y menos aún son objeto de discusión frente a los derechos fundamentales debatido en la presente acción constitucional, por tanto, se negará la petición de ordenar el recobro de la NUEVA EPS.

Por lo expuesto, el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE FLORENCIA, CAQUETÁ, Administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida de la señora **ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA, identificada con cédula de ciudadanía No. 40.784.413**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - En consecuencia, **ORDENAR** a la **NUEVA EPS** que, por parte del Gerente Zonal Huila, y a **SALUD VITAL IPS** que, por parte de su Gerente, junto con las demás dependencias encargadas y conforme a las competencias de cada Entidad, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, en caso de que no lo hubieren hecho, procedan autorice el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA POR LAPAROSCOPIA) a la señora ZULMA PATRICIA ZUÑIGA LEYVA, de acuerdo con las valoraciones que ha efectuado la profesional de la salud tratante doctor Germán Antonio Rengifo Alvis. Una vez se encuentre programada la fecha en que se llevará a cabo el procedimiento clínico de GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA POR LAPAROSCOPIA) en la Clínica Medilaser de la ciudad de Neiva Huila, lapso que no puede ser superior a treinta (30) días luego de expedida la autorización, la Nueva EPS deberá comunicar a la accionante, con ocho (8) días de anticipación y por el medio más expedito, la aludida fecha, para que esta pueda programar, con suficiente tiempo de antelación, su desplazamiento a la ciudad de Neiva Huila. Igualmente, deberá suministrar los gastos de transporte y alojamiento, necesarios para para la accionante y su acompañante, cuando los servicios médicos que dieron origen a este trámite sean prestados en ciudad diferente a Florencia (Caquetá) o su lugar de residencia. Lo anterior, deberá acreditarse ante este Despacho con constancia de la prestación del servicio de salud, so pena de que pueda iniciarse trámite de cumplimiento y/o incidente de desacato.

TERCERO. - Para efectos de impartir el trámite de cumplimiento o el incidente de desacato previstos en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, respectivamente, la PARTE ACTORA deberá poner en conocimiento del

³¹ Sentencia T-122 de 2021.

Despacho, la omisión por parte de la entidad en atender las órdenes impartidas en la sentencia de tutela, en el evento que no haya procedido de conformidad y en los términos previstos en esta decisión.

CUARTO. - NOTIFICAR a las partes este fallo, en la forma prevista en el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. - En el evento de que esta sentencia no fuere impugnada, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' with a vertical line through it and a horizontal line at the bottom, followed by a small flourish.

ANDRÉS FELIPE POLANIA LUGO
Juez