



Cartagena de Indias D. T. y C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Acción de tutela – impugnación
Radicado	13001-33-33-002-2019-00174-01
Demandante	Mariluth Mendoza Barreto
Demandado	Nueva EPS
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Asunto	Autorización de gastrectomía vertical (manga gástrica)

II.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte demandada contra la providencia de primera instancia proferida el 21 de agosto de 2019, por medio de la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Demanda (Fls. 1-6).

a). Pretensiones:

La señora Mariluth Mendoza Barreto presentó acción de tutela contra Nueva E.P.S., con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social e integridad física y, en consecuencia, se le ordene la realización de gastrectomía vertical (manga gástrica) ordenada por su médico tratante.

b). Hechos

La accionante afirmó, en resumen, que se encuentra afiliada a la NUEVA EPS como cotizante; cuenta con 40 años de edad y padece de obesidad mórbida grado V, con más de 20 años de evolución, refractaria a dietas y ejercicios, diabetes mellitus tipo III, enfermedad cardíaca, hipertensiva sin insuficiencia cardíaca, dolores articulares, artrosis de rodilla, edema grado I, hipertensión arterial, apnea de sueño, gonalgia, inflamación de miembros inferiores, artralgia en rodilla y cadera, lo cual le produce lumbalgia, que se agrava por la obesidad.





Señaló que por las comorbilidades asociadas tiene todo los paraclínicos, valoraciones y protocolos exigidos para cirugía bariátrica de la obesidad, y ha sido señalado como el único método efectivo para el control de mediano y largo plazo del exceso de peso que presentó como tratamiento y prevención.

Por lo anterior el Doctor Diego Luis Lozano Ramírez, cirujano general, ordenó cirugía bariátrica de urgencia; sin embargo, al acudir a la Nueva EPS para la autorización, ésta manifestó que ello se requería realizar estudios previos frente al procedimiento solicitado.

Afirma la accionante que, de acuerdo con su médico tratante, su estado de salud no necesitaba más estudios que los que ya se le han practicado, y que la orden de realizar el procedimiento no obedece a una necesidad estética, sino a graves problemas de salud.

Finalmente, sostuvo que es una persona de escasos recursos, por lo que no cuenta con la capacidad de costear la cirugía bariátrica, que tiene problemas de autoestima baja y sufre de bullying en sus trabajos por el exceso de peso.

3.2 Contestación (fs. 28-31).

La **NUEVA EPS** describió el traslado de la acción de la referencia y manifestó que a la usuaria se le están garantizando los servicios de salud con base en su diagnóstico y plan de tratamiento, con oportunidad y calidad.

Agregó que la accionante solicitó autorización de gastrectomía vertical (manga gástrica) por laparoscopia, por lo que el área de salud se encuentra en gestión de generar la autorización del procedimiento, y una vez generada se notificará al Despacho judicial.

Anotó que la solicitud de exoneración de cuotas de recuperación solo se cancelan por parte de los usuarios del régimen subsidiado, por lo que no aplica para la accionante, pues por ser afiliada al régimen contributivo solo tiene la obligación de cancelar los copagos y cuotas moderadoras.

La exoneración de copagos solo procede frente a los menores de 18 años con diagnóstico confirmado de cáncer, los niños, las niñas y adolescentes del SISBEN 1-2 con discapacidades certificadas por el médico; todas las mujeres víctimas de violencia física o sexual certificadas por las autoridades competentes; las víctimas del conflicto armado interno y las víctimas de lesiones causadas por el uso de cualquier tipo de ácido o sustancia similar, entre otras, de conformidad con la Circular 00016 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social.



IV.- FALLO IMPUGNADO (fls. 44-51).

El A-quo, mediante Sentencia de 21 de agosto de 2019, accedió a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud física, a la vida, a la vida digna, dignidad humana, a la seguridad social e integridad física, de la señora Mariluth Mendoza Barreto en contra de la Nueva EPS, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Representante Legal de la Nueva EPS, para que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, autorice la remisión de la señora Mariluth Mendoza Barreto al médico tratante doctor Diego Luis Lozano Ramírez para que de manera inmediata sea valorada y establezca el tratamiento y/o procedimiento médico quirúrgico apropiado, si es del caso, lo inicie en un término no mayor a un mes, debiendo concluir en el menor lapso científicamente indicado, dando oportuno y cabal cumplimiento a la adicional atención integral que deba prestársela, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: PREVENIR a la entidad Nueva EPS, para que en lo sucesivo brinde tratamiento integral a la actora atendiendo el padecimiento diagnosticado y así evitar presentación de acción de tutela por hechos relacionados al mismo, Lo anterior, siguiendo precisamente los lineamientos que la Corte Constitucional ha determinado con ocasión a las enfermedades degenerativas o ruinosas, entendiendo que los pacientes diagnosticados requieren de tratamiento médico continuo, sin interrupciones para mantener la condición de salud estable y en condiciones dignas dentro de lo que su patología permite.

CUARTO: FACULTAR a la Nueva EPS hacer el recobro a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) de los medicamentos NO POS en ocasión a la patología que padece la accionante.

Para sustentar su decisión, sostuvo que dadas las condiciones en que se encuentra la accionante, se evidencia que la prestación del servicio de salud requerido no ha sido adecuada, hecho que genera que la actora no cuente con las condiciones necesarias para mantener su estado de salud física, mental y psicológica en condiciones óptimas.

Señaló que esta omisión quebranta el principio de continuidad que rige el servicio de salud, por cuanto la atención no ha sido recibida de forma completa, puesto que se le ha impuesto a la afiliada barrera de índole administrativo que no se encuentra obligada a soportar, ya que las mismas han paralizado su proceso médico, prolongado su menoscabo en el salud de manera desproporcional en el tiempo.

Consideró que debe prestársele de manera prioritaria el servicio de salud, no siendo de recibo interponer barreras para acceder o continuar recibiendo la atención que demanda un padecimiento o enfermedad, se trata de la



prestación de un servicio necesario para gozar de manera real y efectiva de los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal.

Por otra parte, luego de analizar los argumentos expuestos y las pruebas presentadas por las partes, advirtió el juez de primera instancia que el presente caso no viene comprobado que con respecto a la señora Mariluth Mendoza Barreto, se hayan cumplido los presupuestos citados por la jurisprudencia para autorizar a su favor el procedimiento médico de cirugía bariátrica.

Afirmó el a quo que no figura prueba que acredite que la accionante haya sido evaluada de forma definitiva por su médico tratante donde e informada de los pro y los contra del procedimiento médico a realizar, por lo que era procedente remitirla a control con su médico tratante, para que de manera inmediata sea valorada y se establezca si el tratamiento y/o procedimiento es el adecuado para la solución del problema de salud de que padece.

No obstante, sostuvo que como quiera que la accionante ha dado a entender que la patología que la aqueja hace mucho tiempo le viene impidiendo desarrollar su vida de forma digna, sin obtener una solución a su problema de salud, se imponía el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, dignidad humana, seguridad social, e integridad física; y, como consecuencia del amparo, ordenó la Nueva EP, si todavía no lo hubiere realizado, autorice la remisión de la señora Mendoza Barreto al médico tratante para que de manera inmediata sea valorada y establezca el tratamiento y procedimiento adecuado para la solución de su problema de salud, y si la cirugía bariátrica resulta ser el procedimiento médico quirúrgico apropiado, si es el caso, lo inicie en un término no mayor a un mes, debiendo concluir en el menor lapso científicamente indicado, dando oportuno y cabal cumplimiento a la adicional atención integral que requiera.

En cuanto a las cuotas de recuperación, que la actora afirma no poder costear por ser de escasos recursos, concluyó el a quo no existe prueba sumaria siquiera en el expediente que demuestre tal situación, pero si existe prueba que se encuentra afiliada en el régimen contributivo y su estado es activo, y por ello que no está exenta de estos cobros, de conformidad con el Decreto 780 de 2016.

V.- IMPUGNACIÓN (Fs. 54-56)

La parte accionada impugnó la decisión del A-quo, reiterando que la accionante se encuentra afiliada a través del régimen contributivo y que se le han garantizado los servicios de salud con base en las prescripciones de sus médicos tratantes con oportunidad y calidad.





Señaló además que la señora Mendoza Barreto cuenta con programación para la valoración inicial en la IPS Clínica El Bosque, en la que se determinará el plan de tratamiento quirúrgico a seguir.

Igualmente sostuvo que el fallo de primera instancia ordena a que la valoración médica de la accionante será realizada por el especialista Dr. Diego Luis Lozano Ramírez, galeno que no hace parte de la red de prestadores de la NUEVA EPS, por lo que la valoración inicial deberá realizarse por un médico adscrito a la accionada de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Finalmente, solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia, y se negara por ser improcedente; y en caso de ser concedida se ordenara a la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Salud – ADRES-, pagar a la accionada el costo de los servicios de salud prestados que no se encuentren en el plan de beneficios en salud contenido en la Resolución 5269 de 2017.

VI.- CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

7.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si procede el amparo de los derechos fundamentales a la salud física, a la vida, a la vida digna, dignidad humana, a la seguridad social e integridad física invocados por la accionante, y en consecuencia ordenar a la NUEVA EPS realizar el procedimiento médico de gastrectomía vertical (manga gástrica) por el Dr. Diego Lozano Ramírez.

7.3 Tesis de la Sala.

La Sala confirmará la sentencia apelada, toda vez que la NUEVA EPS ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Mariluth Mendoza Barreto por no autorizar y realizar el procedimiento de gastrectomía vertical (manga gástrica) bajo los argumentos expuestos en la contestación de tutela y en la



impugnación a la sentencia de primera instancia, toda vez que la Corte ha determinado que se viola el derecho a la salud cuando se niega un servicio médico sólo bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo, a pesar de que (i) existe un concepto de un médico particular; (ii) es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud, y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo, imponiendo barreras administrativas que la accionante no tiene la obligación de soportar.

7.4 MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

7.4.1 GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

Dicha acción no puede ser utilizada válidamente para pretender sustituir recursos ordinarios o extraordinarios, tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos, ni para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

Las normas enunciadas establecen la improcedencia de esta acción al existir otros medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo Tránsito para evitar un perjuicio irremediable sobre uno o varios derechos fundamentales de la demandante.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

-Está instituida para proteger derechos fundamentales.

-**La subsidiariedad**, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.

-**La inmediatez**, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.



Del derecho a la salud y su protección por vía de tutela

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que:

"El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que "la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud".

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el "(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)".

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que "la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano". Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía "pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente".

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados¹".

¹ Sentencia T-196/18. Referencia: Expedientes: T- 6416011, T-6472202 y T- 6486644. Accionantes: Rocío del Socorro Robledo Blanco actuando en representación de su menor hijo Francesco Poveda Robledo, Héctor Hugo García Ríos como agente oficioso del menor Carlos Andrés Uribe Moncada y Ángela Mercedes Martínez Maury actuando en representación de su menor hijo Isaac Lubin Aristizábal Martínez. Accionados: SANITAS EPS, FAMISANAR EPS, CAJACOPI EPS. Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER Bogotá D.C.. veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018).





Los principios de integralidad en materia de seguridad social en salud

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como *"la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley"*.

Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007[95] y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud, la cual en su artículo 8º dispuso que:

"los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada"

La Corte Constitucional ha señalado frente a este tema lo siguiente:

"5.2. Por su parte, la propia jurisprudencia ha señalado que el principio de integralidad supone que el servicio suministrado debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida. En ese sentido, este Tribunal ha sido enfático al señalar que: "en virtud del principio de integralidad en materia de salud, la atención y el tratamiento a que tiene derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos por la ley".

Del mismo modo, este Tribunal ha sostenido que el médico tratante debe determinar cuáles son las prestaciones que requiere el paciente, de acuerdo con su patología. De no ser así, le corresponde al juez constitucional determinar, bajo qué criterios se logra la materialización de las garantías propias del derecho a la salud. En tal sentido, la Corte mediante sentencia T-406 de 2015 sostuvo:

"Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s)



determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Aparte de lo expuesto este Tribunal también se ha referido a algunos criterios determinadores en relación al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. En tal sentido ha señalado que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios."[(Subrayado fuera del texto original)]

A partir de la jurisprudencia antes reseñada, el principio de integralidad se constituye como una garantía fundamental para que las personas que se encuentran disminuidas en su salud, reciban una atención oportuna, eficiente y de calidad²".

Prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio de salud.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha prohibido la imposición de barreras administrativas para la prestación del servicio de salud en cuanto a la realización de sus propios procedimientos ya que esto desconoce los principios que rigen la prestación del servicio de salud.

Así lo estableció en reciente jurisprudencia al señalar lo siguiente:

"La prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En tal sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan de la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los afiliados, porque se dificulta su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y caprichoso de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados.

Para la Sala, la exigencia de barreras administrativas desproporcionadas a los usuarios, tales como largos desplazamientos de su lugar de residencia al centro médico y el sometimiento a trámites administrativos excesivos; desconoce los principios que guían la prestación del servicio a la salud debido a que:

² Sentencia T-196/18. Referencia: Expedientes: T- 6416011, T-6472202 y T- 6486644. Accionantes: Rocío del Socorro Robledo Blanco actuando en representación de su menor hijo Francesco Poveda Robledo, Héctor Hugo García Ríos como agente oficioso del menor Carlos Andrés Uribe Moncada y Ángela Mercedes Martínez Maury actuando en representación de su menor hijo Isaac Lubin Aristizábal Martínez. Accionados: SANITAS EPS, FAMISANAR EPS, CAJACOPI EPS. Magistrada Ponente:





"(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)"³

Además de la transgresión a los principios del sistema de seguridad social en salud, la Corte en sentencia T- 322-18 reconoce los efectos perjudiciales y contraproducentes que causan las barreras administrativas cuando son desproporcionadas e injustificadas como lo son:

"i) Prolongación del sufrimiento, debido a la angustia emocional que se genera en las personas soportar una espera prolongada para ser atendidas y recibir tratamiento;

ii) Complicaciones médicas del estado de salud por la ausencia de atención oportuna y efectiva que genera el empeoramiento de la condición médica;

iii) Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente porque ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y el instante en que recibe la atención efectiva;

iv) Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o su negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido".

Por lo anterior ha concluido la Corte que la interrupción o negación de la prestación del servicio de salud por parte de una EPS como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e impertinentes, no puede trasladarse a los pacientes o usuarios, pues dicha circunstancia desconoce sus derechos, bajo el entendido de que puede poner en riesgo su condición física, psicológica e incluso podría afectar su vida.

Del carácter obligatorio del concepto médico proferido por el galeno no adscrito a la EPS

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, un servicio médico requerido por un usuario, esté o no incluido en el PBS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, como quiera que es la "persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente". También ha dicho que si bien el criterio principal para definir cuáles servicios requiere un paciente es el del médico tratante adscrito a la EPS, éste no es exclusivo, en tanto el concepto

³ sentencia T- 322-18 Referencia: Expediente T-6.706.028 Acción de tutela formulada por Leidy Viviana Claro Carrillo contra la EPS Medimás, la Sociedad de Cirugía de Bogotá –Hospital San José– y el Hospital Departamental de Villavicencio. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil dieciocho (2018)





de un médico particular puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva.

Frente al mismo tópico la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"En este orden de ideas, para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un **principio de razón suficiente** para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado. Como se ha dicho, esta es una obligación elemental de los usuarios del sistema, que tiende a asegurar su operatividad, que se vería gravemente alterada, si las personas pudiesen optar libremente por dirigirse a médicos que no se encuentren adscritos a la entidad responsable de atender sus requerimientos de salud.*

Concretamente, en la Sentencia **T-760 de 2008**, se puntualizó los eventos en los cuales el criterio de un médico externo es vinculante a la EPS. En síntesis, la providencia dejó en claro que el concepto de un médico particular obliga si:

- (i) La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica;
- (ii) Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio;
- (iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión;
- (iv) La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como "tratante", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

En tales casos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tal resultado también puede darse como resultado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS.

39. Así, la Corte ha determinado que se viola el derecho a la salud cuando se niega un servicio médico sólo bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo, a pesar de que:

- (i) Existe un concepto de un médico particular;
- (ii) Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud;
- (iii) La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo⁴.

VIII. PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR.

⁴ Sentencia T-235/18. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Bogotá, D. C., veintinueve (21) de junio de dos mil dieciocho (2018).



- Copia de historia clínica expedida por OM Stetik Centro de Especialistas. (fl.7)
- Copia de exploración física expedida por OM Stetik Centro de Especialistas, (f.8).
- Copia de Plan de Manejo Nro. 2019071743013227195, expedida por Clínica MediHelp Services, con fecha del 17 de julio de 2019, mediante la cual se prescribe a la paciente Mariluth Mendoza Barreto el procedimiento de gastrectomía vertical (manga gástrica) por laparoscopia por el profesional tratante Diego Lozano Ramírez (f.9).
- Copia de escrito de recomendación del profesional tratante Diego Lozano Ramírez sobre la necesidad de la realización del procedimiento de gastrectomía vertical (manga gástrica) por Laparoscopia a la paciente (f.10).
- Copia de valoración por psicología realizada por la profesional en el área Cristina Correa Cortez (f.16).

IX. CASO CONCRETO.

En el presente asunto, la señora Mariluth Mendoza Barreto presentó acción de tutela contra la Nueva EPS, con la finalidad de que se amparen sus derechos fundamentales a la salud física, vida digna, seguridad social e integridad física y en consecuencia, se ordene a la Entidad Promotora de Salud accionada que emita la autorización para el procedimiento de gastrectomía vertical (manga gástrica) por Laparoscopia dispuesto por el Dr. Diego Luis Lozano Ramírez.

De las pruebas obrantes en el expediente se tiene que la accionante cuenta con 40 años de edad, padece de obesidad mórbida grado IV y otras patologías, diabetes mellitus tipo III, enfermedad cardiaca, hipertensiva sin insuficiencia cardiaca, dolores articulares, artrosis de rodilla, edema grado I, hipertensión arterial, apnea de sueño, gonalgia, inflamación de miembros inferiores artalgia en rodilla y cadera, lo cual le produce lumbalgia, que se agrava por la obesidad.

También está demostrado que en vista de las patologías descritas solicitó a la Nueva EPS autorización para la realización del procedimiento señalado previamente, de acuerdo con la prescripción del Doctor Diego Lozano Ramírez, visible a folio 9 del expediente, médico que no se encuentra afiliado a la EPS accionada.





En virtud de lo anterior, la accionante solicitó a la Nueva EPS para que le autorizaran el procedimiento ordenado, pero dicha entidad manifestó que debía estudiar dicha solicitud antes de que fuera autorizada.

Dentro del trámite de la acción de la referencia la Nueva EPS alegó que el área de salud se encuentra realizando las gestiones para generar la autorización del procedimiento, y que el galeno que prescribió el procedimiento solicitado por la accionante no se encuentra adscrito a su red de médicos.

De acuerdo a la jurisprudencia citada en párrafos anteriores, el concepto emitido por médico tratante que no esté adscrito a la EPS es vinculante siempre que (i) la entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica; (ii) los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio; (iii) el paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión, y (iv) la entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como "tratante", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

Con fundamento en lo anterior, no es de recibo para la Sala el argumento expuesto por la entidad accionada, toda vez que la Nueva EPS ni siquiera ha valorado por intermedio de sus especialistas a la accionante, de hecho, pese a conocer hace más de 3 meses el diagnóstico emitido por el Dr. Lozano Ramírez, aún no ha sometido a valoración a la señora Mariluth Mendoza Barreto.

Igualmente, considera la Sala insuficiente las razones expuestas en la impugnación por parte de la Nueva EPS, al señalar que la solicitud de autorización presentada por la accionante debía ser sometida a estudios y procedimiento administrativos, que se han extendido por más de 3 meses teniendo en cuenta que dichas barreras administrativas van en contra de los principios de eficiencia, continuidad e integralidad, y, en consecuencia, entrañan un desconocimiento y violación del derecho fundamental a la salud y a la seguridad social.

En el marco jurisprudencial citado anteriormente, la Corte Constitucional ha señalado que no es permitido a las EPS dilatar las autorizaciones, servicios o procedimientos, por los efectos nocivos que acarrea dicha dilación en la salud de los usuarios, quienes no tienen la obligación de soportar las demoras de los procedimientos, que constituyen verdaderas barreras administrativas, y



revelan la falta de eficiencia en la prestación de servicios de salud, máxime si dichas dilaciones agravan las patologías del usuario.

En conclusión, para la Sala, la NUEVA EPS ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Mariluth Mendoza Barreto al no autorizar y realizar el procedimiento de Gastrectomía vertical (Manga gástrica) bajo los argumentos descritos, toda vez que se niega un servicio médico bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo, a pesar de que (i) existe un concepto de un médico particular; (ii) es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud, y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas.

Pese a todo lo anterior, la NUEVA EPS se ha limitado a poner obstáculos administrativos que han permitido que la patología de la accionante se extienda en el tiempo, y a su vez, la vulneración de sus derechos fundamentales se perpetúe, por lo que se confirmará plenamente la sentencia de primera instancia.

Conviene señalar que en su recurso de apelación la Nueva EPS solicitó que en caso de accederse al amparo constitucional, se ordenara a la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Salud –ADRES–, pagar a la accionada el costo de los servicios de salud prestados que no se encuentren en el plan de beneficios en salud.

Frente a este tópico la Corte ha sostenido lo siguiente:

"Con todo, como en estos casos los procedimientos, servicios, medicamentos o insumos no se encuentran cubiertos expresamente por el PBS con cargo a la UPC o se encuentran cubiertos, pero no financiados por la UPC, las EPS deben adelantar el mecanismo previsto en la Resolución 1885 de 2018, para que la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Salud –ADRES–, reconozca los gastos en que incurrió. En consecuencia, las Entidades Promotoras de Salud deben acatar el procedimiento allí establecido para efectuar la correspondiente solicitud de cobro del servicio, procedimiento, medicamento o insumo no financiado por la UPC⁵".

Igualmente, en cuanto a la exclusión de los servicios o procedimientos del Plan de Beneficios en Salud la Corte Constitucional ha dispuesto lo siguiente:

"En esa medida se ha precisado que el Sistema de Seguridad Social en Salud, según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, se estructura bajo el concepto de integralidad, que incluye la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Sin embargo,

⁵ **Sentencia T-464/18**. Referencia: Expediente T-6.567.388 Acción de tutela instaurada por Deysi Yandy Zambrano, en representación de su hijo menor de edad Maicol Jordani Yandy Zambrano, contra la Asociación Indígena del Cauca EPS-I Magistrada Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA Bogotá, D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)





no se encuentran cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud aquellas tecnologías y prestaciones excluidas expresamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, previo el procedimiento técnico-científico señalado en el mencionado artículo. Debe precisarse que las exclusiones son únicamente las determinadas por dicha cartera ministerial en las listas que emite, las cuales tienen un carácter taxativo y, en concordancia con el principio de integralidad, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva y, a la inversa, la interpretación y aplicación de las listas de inclusiones tienen que ser amplias.

Cabe destacar que cuando se trata de prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, pero que tampoco se encuentran expresamente excluidas, anteriormente, el sistema garantizaba el acceso a dichos servicios cuando: (i) el médico tratante ordenaba su realización; y, en el régimen subsidiado cuando además de la autorización médica se tuviera la (ii) aprobación del Comité Técnico Científico (CTC)⁶.

Con apoyo en los criterios expuestos, el procedimiento de gastrectomía vertical (manga gástrica) requerido por la accionante se encuentra en el Plan de Beneficios de Salud, pues así lo dispuso la Corte Constitucional al señalar:

"Con fundamento en las experticias rendidas la Corte pudo comprender que la llamada "Cirugía Bariátrica" es el término general que sirve para denominar el conjunto de procedimientos quirúrgicos usados para tratar problemas relacionados con el exceso de peso, siendo el bypass gástrico una de las operaciones más utilizadas. En lo referente a la inclusión o no de dicho servicio en el POS, la Corte llegó a la siguiente conclusión:

"Para finalizar, en lo que respecta a la tercera pregunta que trata sobre lo descrito en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, que hace referencia a las "DERIVACIONES EN ESTOMAGO" bajo el código 07630 Anastomosis del estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estómago en Y de Roux, conforme a los dictámenes solicitados pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como By pass gástrico para cirugía bariátrica, el cual es un procedimiento incluido en el POS, por lo que no existen razones constitucionales ni legales para que las Entidades Prestadores de Salud (EPS), se nieguen a autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS)".

Este precedente ha sido acogido pacíficamente por la jurisprudencia constitucional y ha servido de apoyo a decisiones futuras respecto a casos similares, en los que se discute la autorización del procedimiento de bypass gástrico.

5.2. Es importante precisar que las consideraciones realizadas por la Corte para el año 2008 sobre la inclusión del bypass gástrico en el POS siguen vigentes en la actualidad, más aún, con la unificación de los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y subsidiado⁷".

⁶ Sentencia T-259/19 Referencia: Expedientes T-7.096.964 y T-7.117.030 Demandantes: Ximena Isabel Castro Segura y Luz Dary Zamora Sinisterra Demandados: Comfamiliar EPS y Asmet Salud EPS Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Bogotá, D.C., seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019)

⁷ Sentencia T-861/12. Referencia: expediente T-3.564.150. Acción de tutela de Leidy Faizuly Leal Castillo contra Capital Salud EPS-S y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012)





En virtud de lo anterior, no es procedente autorizar a la NUEVA EPS a realizar el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Salud –ADRES- el costo de los servicios médicos prestados a la accionante. No obstante, si dentro de la atención médica que se le brinde es requerido un procedimiento adicional no contemplado en el PBS, la accionada podrá adelantar el recobro de los gastos en que incurra ante la ADRES- en los términos de la Resolución 1885 de 2018.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

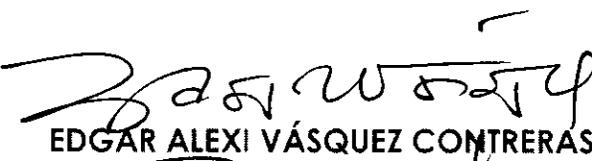
X. FALLA

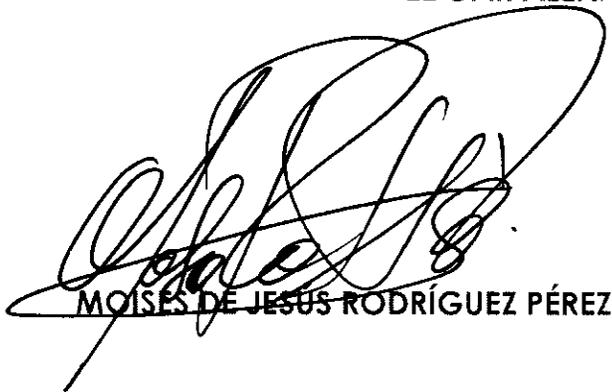
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Háganse las anotaciones de rigor en el Sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE