



PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2022-00091-00

ACCIONANTE: JAIME FREYLE VIDAL CC 17.868.760

ACCIONADO: NUEVA E.P.S.

DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL

Barranquilla, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por el señor JAIME FREYLE VIDAL CC 17.868.760, en nombre propio, en contra de la NUEVA E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y a la vida digna.

II. ANTECEDENTES

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

1. El accionante se encuentra afiliado al sistema de Seguridad Social en Salud, actualmente a través de la entidad NUEVA EPS, bajo calidad de cotizante. Cumpliendo al día con los aportes mensuales a la fecha. Solicitó que se le entregaran cuales eran los requisitos para acceder a una cirugía de MANGA GÁSTRICA POR LAPAROSCOPIA. el cual hizo al pie de la letra de manera privada e independiente “lo cual no es prohibido por la jurisprudencia” ha pasado por el procedimiento establecido a fin de evaluar mi estado de salud.
2. Padece de comorbilidades asociadas a la obesidad, como, Disnea al esfuerzo, artralgiás en rodillas, lumbago crónico y dolencias que empeoran con la recurrencia de la enfermedad como síndrome de Tietze, enfermedades Osteoarticulares, síndrome de Colon irritable, gastritis, estreñimiento y otras que no han sido confirmadas pero que aparecen como impresión diagnóstica como Apnea Obstructiva del sueño, Reflujo Gastroesofágico, Vasculitis y trastornos dermatológicos, sin mencionar el menoscabo de la autoestima y capacidad profesional por el deterioro de la imagen personal que con lleva otros riesgos psicosociales. Expuso que LA NUEVA EPS está violando todos mis derechos fundamentales por un simple antojo administrativo, ya que NUEVA EPS, AUTORIZÓ el procedimiento remitiéndolo a la IPS organización clínica Bonnadona prevenir, porque está más que nadie sabe el riesgo que estoy corriendo en mi estado de obesidad.
3. Ha realizado el trámite completo como candidato a realizarse el procedimiento CIRUGÍA MANGA GÁSTRICA POR LAPAROSCOPIA”, fue evaluado por médicos adscritos a NUEVA EPS, encontrándolo apto la realización de la misma, sin embargo, en repetidas ocasiones se dirigió a la clínica Bonnadona para programar la cirugía a lo que me responden que no hay cupos disponibles por lo anterior decidió solicitar a nueva EPS cambio de clínica debido a la urgencia que requiere el procedimiento.

4. Paciente de 54 años con diagnóstico de obesidad mórbida tipo III, con graves complicaciones a nivel Osteoarticulares, debido a esto veo en riesgo mi vida, y existe una gran afectación de mi desarrollo personal y profesional, de igual manera, mi familia, dependen de mi como sustento material y emocional, conociendo las altas tasas de mortalidad asociadas a la obesidad, la gran posibilidad de sufrir discapacidad a mediano plazo, desea no faltarles, sino poder brindarles un ambiente normal para su desarrollo, ya que actualmente no puede jugar con ellos o levantarlos en brazos sin dificultad. Manifestó haber agotado los métodos para intentar bajar de peso, como se puede observar en el resumen de mi historia clínica asociada, ha asistido a nutricionistas, endocrinólogos, he recibido tratamiento farmacológico y entrenamiento físico hasta donde las dolencias lo han permitido y no ha conseguido dicho objetivo de salud o ha presentado baja pérdida de peso y re-ganancia del mismo.
5. Tal como queda explicitado en la historia clínica que adjunta y en la orden de cirugía dada por el médico cirujano JARIB ÁLVAREZ JIMÉNEZ Y ADRIANA CORRALES, se considera de vital importancia para mi salud y bienestar, la realización de la cirugía denominada MANGA GÁSTRICA POR LAPAROSCOPIA, dada la enfermedad y diagnóstico como obesidad severa, que al no solucionarse pone en grave peligro mi vida, vulnerándose el derecho fundamental a la salud y la vida digna, y al derecho que en su conexidad tiene con la salud y la seguridad social a la cual me hallo afiliado como cotizante.
6. Solicitó respeto por la vida del paciente, ante un capricho administrativo, sin ninguna sustentación medica; ya que cumple con todos los requisitos establecidos por la EPS desde el principio y que, de una manera injustificada CLÍNIA BONNADONA, decida negarme la cirugía.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se: *“...Primero: Tutelar integralmente los derechos fundamentales a la salud, seguridad social en conexidad directa e inmediata con los derechos a la vida y la integridad física, como afiliada al sistema de Seguridad Social, régimen contributivo a través de la entidad promotora de salud NUEVA EPS. Segundo: Ordenar en consecuencia de lo anterior a la entidad accionada a la cual le corresponda, que realice el cambio de clínica ya que no hay cupo y mi cirugía es urgente Tercero: Se ordene en forma inmediata a la NUEVA EPS y CLINICA BONNADONA, que me preste de manera integral y me consiga cupo en otra clínica ya que no hay cupo y mi operación vital y preste, todos los servicios requeridos, como exámenes diagnósticos pre y post quirúrgicos, citas médicas, medicamentos no POS necesarios durante y después de la cirugía, terapias, procedimientos que durante el proceso de la cirugía resulten necesarios y operaciones que por motivo de la Obesidad se requieran posterior a la cirugía, tratamientos con el grupo de apoyo de la clínica de la obesidad para culminar exitosamente el proceso y demás que sean necesarios para el restablecimiento de mis derechos. Es de mi convencimiento, dado el asesoramiento médico que he tenido por los profesionales de la salud que me han atendido gracias a las remisiones realizadas por la EPS para el tratamiento de enfermedades articulares, que el manejo de la obesidad, aportaría de manera significativa y contundente a la disminución y manejo eficaz de mis dolencias, siendo necesario un abordaje integral que permita tratar la obesidad al mismo tiempo que se tratan mis demás enfermedades...”*

IV. PRUEBAS

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

1. Fotocopia Cédula de ciudadanía.
2. PQR ante Supersalud.
3. Historia Clínica por valoración del médico Cirujano Jarib Álvarez.
4. Historia Clínica valoración Medicina Interna, Dr. Luis Alberto Burgos.
5. Valoración Pre anestésica – Dra. Edgardo Castro
6. Historia Nutricional – Dra. Amanda Esther Escorcía Bermeja.
7. Historia clínica Psicología – Dra. Katherine Coy Barrera.
8. Resultados de exámenes varios.
9. Fotografías de mi estado actual.
10. Pruebas documentales aportadas por las entidades accionadas o vinculadas.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el día 31 de octubre de 2022, ordenó notificar a la accionada, la vinculación a LA CLÍNICA BONNADONA PREVENIR, LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, LA PERSONERÍA DISTRITAL DE SALUD y EL MINISTERIO DE SALUD. Luego por auto de vinculación de fecha 09 de noviembre del año en curso, de la médica Adriana Corrales, requerir a LA ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S, para que remita a este despacho judicial correo electrónico o cualquier otro dato de notificación efectiva de esta, debido al interés que pueden tener en el presente trámite, para que rindan un informe sobre los hechos depuestos, por cuanto la decisión adoptada puede afectarlos.

LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a través CLAUDIA PATRICIA FORERO RAMIREZ, en su calidad de Subdirector Técnico, adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud en su informe indicó que. *“...En donde se advierte que la usuaria, registra afiliación ante la entidad de NUEVA EPS S.A en el régimen CONTRIBUTIVO en estado ACTIVO desde el 01/07/2022, siendo esta la encargada de prestarle los servicios médicos requeridos a la usuaria, cabe decir que la Superintendencia Nacional de Salud, es la autoridad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero esto no quiere decir que despliegue actividades tendientes a prestar el servicio de salud, y resulta claro que las funciones de aseguramiento y prestación del servicio médico están en cabeza de las entidades establecidas para tal fin dentro del sistema de salud. Ante lo expuesto, es viable considerar que el derecho solo se viola o amenaza a partir de circunstancias que han sido ocasionadas por vinculación directa y específica entre las conductas de personas e instituciones y la situación materia de amparo judicial, situación que no se ha presentado entre el accionante y La Superintendencia Nacional De Salud, de manera que se evidencia que esta entidad no ha infringido los derechos fundamentales aquí deprecados a la accionante...”* Por lo tanto, solicita *“...DESVINCULAR de la presente acción de tutela a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, en consideración a que a las entidades competentes para realizar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto es de la Entidad Administradora del Plan de Beneficios en Salud (EAPB)...”*

NUEVA EPS, a través de AHMAD AMIR SAKER TRAVECEDO, en su calidad de apoderado Judicial, en su informe manifestó que: *“...Señor Juez, verificando el Sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que el accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL REGIMÉN CONTRIBUTIVO desde el 01/07/2022 NUEVA EPS S.A., propende por garantizar a sus usuarios una prestación eficiente en salud, respecto a lo solicitado encontramos lo siguiente: En cuanto al procedimiento, GASTRECTOMIA VERTICAL [MANGA GASTRICA] POR LAPAROSCOPIA, se informa que se encuentra autorizado hacía ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA. PRIMERA: Que se*

DENIEGUE POR IMPROCEDENTE la presente por no acreditarse la vulneración de los derechos fundamentales del accionante. SEGUNDO: En cuanto a la solicitud de atención integral, deberá de negarse puesto que la misma implica prejuzgamiento y asumir la mala fe por parte de LA NUEVA EPS S.A. sobre hechos futuros que aún no han ocurrido. Esta petición incluye cualquier tratamiento, medicamento o demás pretensión realizada por el accionante que no haya sido ordenada por médico tratante al momento de la presente acción de tutela.

LA PERSONERÍA DISTRITAL DE SALUD DE BARRANQUILLA, a través de WILSON LLANOS BALLESTAS en su calidad de Coordinador de Salud informó a este despacho que: *“...Comedidamente me dirijo a ustedes, por medio del presente escrito donde envié respuesta, de acuerdo al informe secretarial emitido por su despacho. Teniendo en cuenta los hechos expuestos en la acción de tutela instaurada por el señor JAIME FLEYLE VIDAL, identificado con cédula de ciudadanía N.17868760, por medio de petición del accionante, radicada en nuestra entidad en fecha 26 de octubre del presente año, con la finalidad de programación de CIRUGÍA BARIÁTRICA en la ORGANIZACIÓN CLINICA BONNADONA PREVENIR, donde se procedió a envío de requerimiento, acercamiento telefónico y se realizó visita a la Clínica en fecha 28/10/2022 y 31/10/2022, donde informa la Directora Clínica Martha Quintanilla, que el JAIME FLEYLE VIDAL, actualmente no se encuentra programado para la intervención quirúrgica, dado que, la médico tratante realizó unas recomendaciones alimenticia y el señor JAIME FLEYLE VIDAL dejó de asistir a los controles médicos; Por lo anterior este ente de control lo envía para conocimiento y competencia...”*

ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S., a través de BLANCA ROSA JIMENEZ DIAZ, en su calidad de Jefe de Jurídica, en su informe indicó que: *“...Señor juez, teniendo en cuenta las pretensiones propuestas por el accionante, debemos informarle que la Clínica Bonnadona Prevenir S.A.S. presta el derecho de sala y material quirúrgico a través de convenio con NUEVA EPS y la especialista Dra. Adriana Corrales, por lo cual esta organización NO TIENE INCIDENCIA EN LA PROGRAMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NI ADJUDICACIÓN DE FECHAS. Esto se encuentra sujeto a disponibilidad y agenda de la especialista, la cual dependiendo de la cantidad de pacientes y cada proceso de valoración médica que han tenido, se procede a programar las intervenciones quirúrgicas. Ahora bien señor Juez, en conjunto con la Personería Distrital de Barranquilla y el equipo de la Dra. Adriana Corrales se procedió a estudiar el caso concreto del señor JAIME FREYLE VIDAL, en donde se logró observar que fue atendida por última vez el día 23 de julio de 2022 y se le ordenó de acuerdo a pertinencia médica bajar el 10% de su peso, bajo seguimiento del mismo (tal como se observa en la Historia Clínica que aporta la Dra. Adriana Corrales, y que se anexará) Una vez llegado al peso indicado, debía apartar su cita para valoración y seguimiento, para posteriormente proceder la especialista a programar el procedimiento. A pesar de lo anterior, el accionante no llamó ni solicitó por ningún medio su cita de seguimiento, por lo que no se puede proceder a asignar una fecha de programación. Se reitera que la fecha que se adjudique depende netamente de la Dra. Adriana Corrales, no de la ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S. quien únicamente le presta los servicios de sala a la especialista. Sin embargo, se debe tener consideración Honorable Despacho que solicitar que se adelanten las fechas de valoración o del procedimiento, implicaría modificar la programación de los servicios ya asignados y retardar los procedimientos que se encuentren calendados para la fecha del cambio, afectando así a los pacientes que estaban programados para ese día y que cumplieron con todas las indicaciones y requisitos de forma oportuna. Por lo anterior, las fechas que ya se encuentran programadas deben respetarse ya que no fueron determinadas así por capricho o falta diligencia de las partes involucradas en el presente proceso.*

Finalmente, es claro señor Juez que no existe vulneración o amenaza al derecho fundamental atribuible a ORGANIZACIÓN CLINICA BONNADONA PREVENIR S.A.S, porque la conducta de ésta en todo momento ha estado ajustada a la normatividad legal vigente que regula el funcionamiento del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y a todas las disposiciones legales relacionadas con el caso que nos atañe...”

LA SECRETARÍA DE SALUD DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA, a través de GISELLE MARÍA MONTOYA ESCALANTE, en su calidad de apoderada judicial indicó que *“...En ningún acápite del mecanismo jurídico va dirigido en contra de la Secretaría Distrital de Salud de Barranquilla, ni existe requerimiento alguno allegado a esta dependencia, en procura de solicitar la protección de sus derechos fundamentales constitucionales presuntamente vulnerados, máxime cuando ante cualquier evento de vigilancia de sus derechos, le corresponde a la Secretaría del municipio de Juan de Acosta, por estar inmerso en esa municipalidad. Aunado, revisado los folios del escrito de tutela, no se observa que haya sido admitida en contra de la Secretaría Distrital de esta ciudad, ni mucho menos en calidad de vinculado. Lo anterior infiere, que no se observa, entre los fácticos narrados, elemento alguno que dé lugar a que el ente territorial sea un sujeto pasivo de la acción de tutela, máxime cuando ni siquiera se vulneró algún derecho fundamental, invocado por el actor...”*

La médica ADRIANA CORRALES, notificada a través de aviso electrónico, no recorrió el traslado conferido guardó silencio frente a los hechos que dieron lugar a la presente acción.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

¿En la actualidad se encuentra amenazado el derecho a la SALUD del paciente JAIME FREYLE VIDAL, por la no autorización de los servicios médicos necesarios en la entidad prestadora de salud, con los médicos por los que viene siendo tratado, teniendo en cuenta los diagnósticos médicos que padece el paciente?

VII. COMPETENCIA

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

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 11, 48, 49, 86 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993, Ley 1751 de 2015, Ley 1122 de 2007; sentencias T-1040 de 2008, T-978-08, T-049-09, T-861 de 2012, T-103 de 2009, T-395-15, T 322/2018, T-345-2013, T- 322- 2018, entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

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

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

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

DERECHO A LA SALUD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De este modo, la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.³

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

¹ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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

³ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La cirugía bariátrica es el término genérico que se le ha otorgado al tratamiento quirúrgico establecido para enfrentar los problemas de sobrepeso u obesidad mórbida, que puede llegar a

presentar una persona y el cual en múltiples ocasiones ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, en la medida en que es solicitado por vía de tutela.

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

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

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

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

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

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

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

En tutela T 322/18, La Sala Novena de Revisión de tutela de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alberto Rojas Ríos, evaluó la situación jurídica de la accionante y amparó sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida en condiciones dignas, al considerar acreditados los supuestos jurídicos desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte para la autorización de un servicio médico que no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios de Salud, ni excluido expresamente de él : *“(i) la intervención de Bypass por Laparoscopia es indispensable para mejorar las condiciones de salud y de vida digna de la actora, (ii) el procedimiento médico no puede ser suplido por otro que se encuentre dentro del Plan de Beneficios en Salud, (iii) la operación ha sido dispuesta por su médica tratante, (iv) se probó la falta de recursos económicos de la parte actora para pagar una actuación clínica de esas características”*. La Corte Constitucional además determinó que las cargas administrativas que le ha impuesto la EPS Medimás a la actora para autorizar el procedimiento médico referido, son desproporcionadas y arbitrarias. En la Sentencia, la Corte resaltó que *“por su propia patología de obesidad mórbida que le dificulta su movilidad, no puede transportarse continuamente a la ciudad de Bogotá a diligenciar algunas formas o documentos de autorización que exige la entidad prestadora de salud”*. Como consecuencia de lo anterior, la Sala Novena de Revisión de tutela ordenó a la EPS Medimás que, con el objetivo de subsanar la situación de desprotección en que se encuentra la actora, en el

término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, autorice el procedimiento médico de cirugía bariátrica requerido para el tratamiento de las patologías que la aquejan.

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

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), la Corte Constitucional, ha precisado⁵ que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

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

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

Por lo anterior, como lo resaltó la Sentencia T-017 de 2013⁶, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008⁷, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

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

⁶ Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitada”.

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

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

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que el señor JAIME FREYLE VIDAL, en nombre propio, hace uso de la presente acción constitucional de la referencia, en contra de NUEVA E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud.

Lo anterior, en ocasión a que ha realizado el trámite completo como candidato a realizarse el procedimiento “GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA” y fue evaluado por médicos adscritos a NUEVA EPS, encontrándose apto la realización de la misma, sin embargo, en repetidas ocasiones se dirigió a la Clínica Bonnadona para programar la cirugía a lo que le responden que no hay cupos disponibles por lo anterior decidió solicitar a nueva EPS, cambio de clínica debido a la urgencia que requiere su procedimiento.

Por su parte indica NUEVA EPS, solicitó no acceder a las pretensiones de la parte del accionante SE DECLARE IMPROCEDENTE la solicitud de tutela en contra de NUEVA EPS, toda vez que , verificando el Sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que el accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO desde el 01/07/2022 NUEVA EPS S.A. propende por garantizar a sus usuarios una prestación eficiente en salud, respecto a lo solicitado encontramos lo siguiente: En cuanto al procedimiento, GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA, se informa que se encuentra autorizado hacia ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA.

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

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

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

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

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

De igual forma, la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-490/2020 que indican en estos casos, la labor del usuario dentro del trámite administrativo que se surte entre la EPS, IPS y el ente territorial es totalmente pasiva, es decir, que no interviene en el procedimiento de autorización, consecución de proveedores o instituciones prestadoras de salud, incluso cuando el paciente se encuentre hospitalizado.

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

En la contestación al requerimiento judicial la NUEVA EPS y la IPS CLÍNICA BONADONNA manifestaron la autorización del procedimiento, sin embargo, la realización de la intervención quirúrgica depende del médico tratante y de la observancia de las recomendaciones realizadas al paciente, en el caso específico la disminución del peso en un 20% y un posterior control del galeno tratante.

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

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

En el caso de marras, si bien se le recomendó por los médicos tratantes, MANGA GÁSTRICA POR LAPAROSCOPIA, la misma está condicionada al cumplimiento del paciente en las recomendaciones, estudios previos y demás necesarios brindados en el programa de obesidad, por tal razón, es necesario la calificación de Junta de Profesionales de la Salud para su realización, ante la manifestación de ser negada por la entidad por no estimarlo apto hasta la fecha, por requerir bajar un porcentaje adicional de peso, sin que se hubiere realizado la valoración pre quirúrgica.

A través de contestación de LA ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S, el médico tratante en conjunto con la Personería Distrital de Barranquilla y la Dra. Adriana Corrales procedieron a estudiar el caso concreto del señor JAIME FREYLE VIDAL, en donde se logró observar que fue atendido por última vez el día 23 de julio de 2022, se le ordenó de acuerdo a pertinencia médica bajar el 20% de su peso, bajo seguimiento del mismo (tal como se observa en la Historia Clínica que aporta la Dra. Adriana Corrales, y que se anexará).

OPINION	PACIENTE CON OBESIDAD MÓRBIDA CLASE EXTREMO, CON FRACASO EN EL MANEJO MÉDICO NUTRICIONAL CON DIETAS, CO-MORBILIDADES ASOCIADAS, COMO ARTRALGIAS DE RODILLAS, LUMBALGIA CRÓNICA, DISNEA CON EL ESFUERZO, APNEA DEL SUEÑO, SE BENEFICIA DE CIRUGÍA BARIÁTRICA COMO ÚNICO MÉTODO TERAPÉUTICO. ASISTE CON INTERCONSULTAS REALIZADAS POR PSICOLOGÍA, NUTRICIÓN, GASTROENTEROLOGÍA, ENDOCRINOLOGÍA, MEDICINA INTERNA, ESTUDIOS ENDOSCOPIA, ECOGRAFÍA ABDOMINAL, LABORATORIOS, ELECTROCARDIOGRAMA, RX TORAX
SE SOLICITA	AUTORIZACION PARA CIRUGÍA BARIÁTRICA, MANGA GÁSTRICA POR LAPAROSCOPIA CODIGO 438402. ORDEN PARA CLÍNICA BONNADONA. SE INDICA MEJORAR ESTILO DE VIDA Y HABITOS ALIMENTARIOS, PERDER 20% DEL PESO ACTUAL PREVIO A CIRUGÍA, SE FORMULA ESCITALOPRAM, SAXENDA. CONTROL PARA SEGUIMIENTO PREVIO A PROGRAMACION QUIRURGICA.
<p style="text-align: center;">Adriana María Corrales Flores Cirugía General y Laparoscopia Cirugía Bariátrica RM 05658-92</p>	

En el caso de marras, se protegerá el derecho fundamental a la salud, del señor JAIME FREYLE VIDAL en atención a el diagnóstico OBESIDAD MÓRBIDA CLASE EXTREMO, gravedad de la enfermedad, obesidad grado III, diabetes mellitus tipo 2, el compromiso multisistémico físico y psicológico, la ausencia de suministro de tratamiento continuo y oportuno, para mejorar la calidad de vida del paciente. Siendo pertinente verificar el cumplimiento de las condiciones de salud a través de la valoración médica prequirúrgica, ante la urgencia del procedimiento médico.

En consecuencia, se ordenará a LA ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S., programar una cita de control con el médico tratante, para verificar la pérdida de peso recomendada, en caso afirmativo la preparación pre quirúrgica, y la programación de la intervención quirúrgica GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR

LAPAROSCOPIA, en atención a mejorar su calidad de vida, la cual deberá ser realizada en un término no mayor a tres meses y practicada por el médico tratante o un médico adscrito a la red prestadora del servicio en la IPS CLÍNICA BONADONNA o en una IPS adscrita a la entidad NUEVA EPS S. A.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

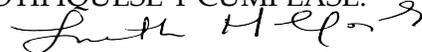
Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se ampararán los derechos deprecados ordenando a LA ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S. que, autorice y materialice proceda a emitir cita de control y valoración, en lo que respecta al procedimiento para la cirugía MANGA GÁSTRICA POR LAPAROSCOPIA.

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

RESUELVE

1. AMPARAR los derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud, del señor JAIME FREYLE VIDAL CC 17.868.760, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. ORDENAR a LA ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S., para que en el término improrrogable de dos (02) días proceda a programar cita de control y valoración que requiera el paciente JAIME FREYLE VIDAL CC 17.868.760, que determine la aptitud del paciente para la práctica de la intervención GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA (pérdida del 20% de peso). En caso del cumplimiento de las condiciones de salud del paciente, iniciar la preparación pre quirúrgica, proceda a programar la intervención quirúrgica GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA, la cual deberá ser realizada en un término no mayor a tres meses, practicada por el médico tratante o un médico adscrito a la red prestadora del servicio en la IPS CLÍNICA BONADONNA o en una IPS adscrita a la entidad NUEVA EPS S. A.
3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
4. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA