



**JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2022-00098-00

ACCIONANTE: CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA CC 1140844733

ACCIONADO: NUEVA E.P.S., PERSONERÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA,  
SUPERINTENDENCIA DE SALUD, DEFENSORÍA DEL PUEBLO

DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL.

Barranquilla, cinco (05) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por la señora CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA CC 1140844733, en nombre propio, en contra de la NUEVA E.P.S., PERSONERÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y a la vida digna.

II. ANTECEDENTES

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

1. La accionante es afiliada en calidad de cotizante a la NUEVA EPS, cumple oportunamente con el pago de los aportes mensuales.
2. Es paciente obesa con comorbilidades asociadas y de peso como lo es la apnea del sueño y la hipertensión. La EPS le informó que hay un plan especial para la obesidad, el cual es bastante demorado y dispendioso y cada momento que esta persona está en este estado de obesidad, coloca su vida en riesgo por las comorbilidades que su obesidad amerita.
3. El día 4 de octubre de 2022 presentó solicitud con radicado # 235165130 con un tiempo de respuesta de 5 días hábiles, el día 11 de octubre se dirigió a la Nueva Eps para confirmar si ya tenía respuesta de su procedimiento. Le responden que les toca hacer un re direccionamiento al área encargado y me generan un nuevo radicado # 236954839 la NUEVA EPS responde el radicado alegando que no tenía adjuntado todos los soportes y por eso no habían generado la autorización posteriormente el día 27 octubre se dirigió a la EPS para radicar nuevamente con todos los soportes la solicitud de la cirugía.
4. Le generaron el número de radicado # 238661169 a lo que me responden con “CRISTINA, tú radicado 238661169 no requiere autorización. Para el acceso a tu servicio gastrectomía vertical manga gástrica por laparoscopia dirígete directamente a tu Ips. Gracias por usar nuestros canales no presenciales. NUEVA EPS somos gente cuidando gente. Estima que la NUEVA EPS está violando todos mis derechos fundamentales por un simple capricho administrativo, ya que la EPS más que nadie sabe el riesgo que estoy corriendo con su estado de obesidad. Todos los médicos a los cuales acudí están adscritos de una u otra manera a NUEVA EPS.

5. El cirujano médico que prescribió la cirugía es el Dr. EDGAR GUERRA DEL VALLE, cirugía laparoscópica de la Clínica General del Norte, mayor prestador de servicios de NUEVA EPS, los pacientes llenan todos los requisitos; lo hacen de manera privada simplemente por la negligencia que tiene NUEVA EPS en atender con prontitud los casos de obesidad. Presente comorbilidades como: obesidad mórbida grado III con cuadro crónico de patología biliar benigna. dado por colecistopatía litiásica con cólicos biliares intermitente ya posta ecografía extra institucional que confirma y se correlaciona la realización de sleeve gástrico por video laparoscopia como única opción terapéutica, además refiere múltiples manejos médicos y nutricionales sin éxito. Para nadie es un secreto que el trastorno del sueño es una enfermedad, Las personas con sobrepeso presentan un tejido adicional en la parte posterior de la garganta que bloquea el flujo del aire, induciendo al paciente a la apnea del sueño. Perder peso ayuda a una mejor apertura de la garganta y, por tanto, que se reduzca los síntomas de este síndrome. Cual síndrome produce infartos, derrames cerebrales y trombosis.

### III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se: *“...Que se me tutelen los derechos fundamentales invocados. Que se ordene a la entidad NUEVA EPS me autorice en el término de 48 horas después de ser evaluada por mi médico tratante, la realización de la cirugía Bariátrica electiva del médico especialista Doctor JARIB DE JESÚS ÁLVAREZ JIMÉNEZ...”*

### IV. PRUEBAS

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

1. Fotocopia cédula de ciudadanía.
2. Radicación de solicitud.
3. Negación de solicitud.
4. Historia Clínica valoración Endocrinología, Dr. Alfredo Burgos.
5. Historia Clínica valoración Medicina Interna, Dr. Luis Alberto Burgos.
6. Historia Nutricional – Dra. Amanda Esther Escorcía Bermeja, Nutricionista Dietista.
7. Historia clínica Psicología – Dra. Katherine Coy Barrera.
8. Resultados de exámenes varios.
9. Copia del concepto del Cirujano al cual recurrí, exámenes médicos y dictámenes DE LOS MÉDICOS DE NUEVA EPS.

### V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el día 22 de noviembre de 2022, ordenó notificar a las accionadas, y la vinculación de LA CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, a los médicos EDGAR GUERRA DEL VALLE, JARIB DE JESÚS ÁLVAREZ JIMÉNEZ y ADRIANA CORRALES, estos últimos como médicos tratantes de la accionante, debido al interés que pueden tener en el presente trámite, para que rindieran un informe sobre los hechos depuestos, por cuanto la decisión adoptada dentro del trámite constitucional, puede repercutirlo o afectarlo.

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 indico que: *“...Cristina Isabel Lozano*

*Licona, presenta la acción de tutela contra Nueva EPS y otros, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida. De la demanda se extracta que la parte accionante requiere SERVICIOS MÉDICOS que la accionada no ha garantizado, colocando trabas administrativas para la efectiva prestación del servicio. Por lo anterior la parte accionante solicita se presten los servicios médicos para salvaguardar su vida. Con el propósito de integrar debidamente el contradictorio, el Despacho decidió vincular a la Superintendencia Nacional de Salud para que se pronuncie sobre los hechos contenidos en la Tutela. En este caso SE DEBE TENER EN CUENTA LA PREVALENCIA DEL CONCEPTO DEL MÉDICO TRATANTE EN LOS CONFLICTOS ENTRE ESTE Y LA EPS ACCIONADA, por cuanto la decisión de ordenar por parte de su médico tratante obedece a la enfermedad o síntomas que padece el paciente, a la formación y conocimiento del galeno, de conformidad con la Ley 1438 de 2011. Solicitamos a su respetuoso despacho: PRIMERO: DECLARAR LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la Superintendencia Nacional de Salud, en el presente asunto, en virtud de los argumentos presentados. SEGUNDO: 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 la accionada...”*

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 REGIMEN CONTRIBUTIVO desde el 01/08/2022 en calidad de cotizante y con un ingreso base de cotización de \$3.291.614. NUEVA EPS S.A. propende por garantizar a sus usuarios una prestación eficiente en salud, respecto a lo solicitado encontramos lo siguiente: EN CUANTO A LOS PROCEDIMIENTOS En cuanto a los procedimientos solicitados, el área TÉCNICA DE SALUD ha realizado revisión del caso, determinando que se trata de SERVICIO Y/O TECNOLOGIA DE SALUD NO FINANCIADOS CON RECURSOS DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION (RESOLUCION 2292 DEL 2021), se encuentra inmersa y expresa en el listado de exclusiones (Resolución 2273 de 2021). 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. El plan de beneficios en salud está planteado de forma tal que, en caso de que un servicio no se encuentre expresamente excluido, deberá entenderse incluido. Las exclusiones se originan por los límites de sostenibilidad que impone el esquema de aseguramiento en salud financiado con recursos públicos, la sentencia C-313 de 2014, categóricamente manifestó que existe la posibilidad de inaplicar las normas que regulan las exclusiones a la prestación del servicio. Por lo expuesto por la accionante y por la naturaleza de la intervención quirúrgica que requiere, queda claro que se enmarca dentro de los servicios estéticos que se encuentran excluidos del PBS y por consiguiente de ser financiados con los recursos del sistema de seguridad social en salud...”

LA PERSONERÍA DISTRITAL DE SALUD DE BARRANQUILLA, a través de WILSON LLANOS BALLESTAS en su calidad de Coordinador de Salud informo a este despacho que: “...Por medio del presente escrito envió respuesta, de acuerdo al informe secretarial emitido por su despacho en fecha 22/11/2022 y notificado a nuestra entidad 23/11/2022, referente a acción de tutela instaurada por la señora CRISTINA LOZANO LICONA, Identificada con cédula de ciudadanía N.1.140.844.733, este ministerio y defensor de los derechos humanos, informamos que, revisando nuestro sistema, no se evidencia solicitud de acompañamiento por parte de la accionante, por lo cual no tenemos conocimiento del caso. Sin embargo, se realizará vigilancia especial y estaremos atentos al fallo de la acción de tutela, para salvar guardar la salud y calidad de vida de la paciente; Por lo anterior este ente de control lo envía para conocimiento y competencia...”

CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, a través de FLAVIO ORTEGA GOMEZ, en su calidad de Director Jurídico, en su informe indicó que: *“...Descendiendo al caso bajo estudio y en lo que concierne a mi representada, señalar que revisados los registros de Historia Clínica que reposan en la Institución, se evidencia que la usuaria CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA fue atendida en el servicio de Consulta Externa de la IPS CLÍNICA GENERAL DEL NORTE por el Dr. Edgar Guerra Del Valle el día 15 de septiembre de 2022 especialista en Cirugía General, correspondiendo a una atención netamente particular y quien en plan de manejo ordeno GASTRECTOMÍA VERTICAL (MANGA GÁSTRICA) POR LAPAROSCOPIA. Siendo importante aclarar en este punto al señor juez, que la atención médica realizada a la paciente fue de manera particular según su solicitud y no como paciente adscrita a la NUEVA EPS. Registra la historia clínica que reposa en nuestra institución, la atención realizada de manera particular el día 15 de septiembre de 2022, como motivo de consulta: “Vengo para programación de cirugía bariátrica.” La paciente manifestó además que “tenía todo el proceso de cirugía de sleeve gástrico por obesidad y que ya había sido vista por anestesia.” En nuestro sistema de información, la paciente solo registra una atención y es la que corresponde a la realizada el día 15 de septiembre de 2022 de manera particular, por parte del Dr. Edgar Guerra Del Valle, por lo que es claro, que el proceso de cirugía al que hizo referencia en la consulta médica con el Dr. Edgar Guerra, no fue realizado en nuestra institución. Así mismo, es en demasía importante manifestar a su señoría, que la IPS CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, NO HA RECIBIDO, por parte de la paciente, ni por parte de NUEVA EPS, orden de servicio alguna que autorice la prestación del servicio de cirugía de GASTRECTOMÍA VERTICAL (MANGA GÁSTRICA) POR LAPAROSCOPIA. Ahora bien, para la programación del procedimiento gastrectomía vertical ( manga gástrica ) por laparoscopia objeto de la acción de tutela la paciente debe ser valorada primeramente por cirujano bariátrica de la organización, valoración que la paciente no ha tenido, el caso se somete a junta médica, junta médica que no se ha realizado y valoración por anestesiólogo de la organización, valoración que tampoco la paciente ha sido sometida por lo anterior la paciente debe dirigirse a la NUEVA EPS para que emita la orden de servicio para valoración por cirugía bariátrica, junta médica y anestesiología a la Organización Clínica General del Norte en el evento que la orden este dirigida a otra IPS la paciente debe cumplir el protocolo en esa institución. Por estas razones no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales que invoca la accionante y por lo tanto se debe declarar la improcedencia de la acción de tutela. Ante lo relacionado, quiero señalar que la EPS NUEVA EPS no ha expedido órdenes de servicios para la atención de la usuaria por la mencionada especialidad a través de la Institución y la valoración anexada por la parte accionante, corresponde a una consulta particular, debidamente cancelada por la señora CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA. Por consiguiente, en estos momentos no existe orden de servicio expedida y/o dirigida a mi representada por la Empresa Promotora De Salud a la cual pertenece la paciente para realizar procedimiento medico de cirugía denominada MANGA GÁSTRICA POR LA PAROSCOPIA a la paciente CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA y toda la atención médica que la paciente hace referencia en la acción de tutela es de atenciones médicas particulares, por lo tanto, el juzgado debe conceder a la empresa promotora de salud la facultad de valorar a la paciente para conocer el estado de salud actual de la paciente y establecer si requiere el procedimiento objeto de la acción de tutela que no ha sido ordenados por los médicos de la red de servicio de su asegurador sino por médicos particulares ...”*

LA SECRETARÍA DE SALUD DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA, a través de ISAURA MERCEDES CHARRIS REYES, en su calidad de apoderada judicial indicó que *“...Se entiende por ASEGURAMIENTO EN SALUD, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores, es decir, toda la atención y lo que se genere de está, que requiera la Señora CRISTINA ISABEL LICONA, debe ser asumida por LA NUEVA EPS, conforme lo reglamentado en la Ley 100 de 1993, Ley 1438 de 2011, Decreto 2353 de 2015, Decreto 780 de 2016 y normas complementarias. Por las razones antes expuestas en este escrito nos encontramos ante un caso de falta de legitimación por pasiva frente a los hechos planteados en el escrito de la presente solicitud de amparo. (...) Nos permitimos manifestar que la*

*Secretaría Distrital de Salud de Barranquilla, no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la Señora CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA, en este caso es la NUEVA EPS quien debe responder por la prestación efectiva, diligente, eficaz y oportuna del servicio. Nos oponemos de la manera más respetuosa y categórica a las pretensiones de la acción de tutela, por considerar que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, en lo que tiene que ver con la Secretaría Distrital de Salud de Barranquilla, por lo que solicitamos desvincular a esta Entidad Territorial de la ACCIÓN DE TUTELA No. 08001-31-03-003-2022-00098-00...”*

LA SECRETARÍA DE SALUD - GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO, a través de LUZ SILENE ROMERO SAJONA, en su calidad de Secretaría Jurídica, en su informe indicó que; *“...Señor Juez, respecto a la prestación en salud y revisando la base de datos en ADRES de CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA, aparece registrado, activo en NUEVA EPS S.A., en el régimen CONTRIBUTIVO, COTIZANTE activo en el municipio de Soledad, de acuerdo a lo anterior, le corresponde a la E.P.S. garantizar la atención en salud al usuario, Literal e artículo 156 Ley 100 de 1993, artículo 177 Ley 100 de 1993. Las Entidades Promotoras de Salud EPS, una vez son escogidas por los usuarios asumen el riesgo en salud de sus afiliados y por lo tanto deben cumplir con las obligaciones establecidas en el PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD, garantizando un acceso efectivo, oportuno y con calidad a los servicios de salud que requieran los afiliados. La Secretaria de Salud Departamental no es prestadora de servicios de salud Ley 1122 de 2007 artículo 31, de igual forma, no tiene dentro de sus competencias, el manejo del aseguramiento en su territorio – competencia del municipio artículo 44 de la ley 715 de 2001 y artículo 29 de la Ley 1438 de 2011. Respecto a la Administración del Departamento del Atlántico – Secretaria de Salud, solicito se excluya, por no ser agente vulnerador de los presuntos derechos fundamentales alegados por el accionante, por lo que estaríamos frente a lo que la jurisprudencia ha denominado la falta de legitimación por pasiva. Respecto del Departamento del Atlántico, en la presente acción, no tiene injerencia alguna en las decisiones administrativas, acciones u omisiones, adoptadas por parte de NUEVA EPS S.A., por lo que deviene que la presente acción de tutela en improcedente, contra este ente territorial. (...) De acuerdo a los argumentos fácticos y jurídicos expuestos, solicito con el debido respeto a la Honorable Juez declarar IMPROCEDENTE la presente Acción de Tutela respecto a la SECRETARIA DE SALUD - GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO, por no tener acción, ni omisión en la supuesta vulneración de los derechos fundamentales del accionante, configurándose FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA...”*

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, a través de MIGUEL RAMÓN LINERO DE CAMBIL ÁLVAREZ, en su calidad de Defensor del Pueblo-Regional Atlántico, en su informe indico que: *“...Teniendo en cuenta los hechos narrados, una vez notificados del trámite de la presente acción, este despacho procedió a la verificación de si existe o no registro en nuestras bases de datos de solicitud de servicio de Asesoría, Coadyuvancia, Intervención o Representación Judicial o extrajudicial, a nombre de la accionante CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA con relación a los hechos que motivaron la presente acción de tutela, obteniendo como resultado que no se registra petición, solicitud o atención alguna a nombre del accionante, ni tampoco se encontró solicitud de servicio o asignación de Defensor Público. En ese sentido, me permito comunicarle que la accionante hasta la fecha no ha acudido a esta Regional y por ende no reposa información alguna, respecto de los hechos invocados en la acción de amparo de la referencia...”*

Los médicos EDGAR GUERRA DEL VALLE, JARIB DE JESÚS ÁLVAREZ JIMÉNEZ y ADRIANA CORRALES, no recorrieron el traslado.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

¿En la actualidad se encuentra amenazado el derecho a la SALUD de la paciente CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA, por la no autorización de *GASTRECTOMÍA VERTICAL (MANGA GÁSTRICA) POR LAPAROSCOPIA*, requerido ante la NUEVA EPS., prescrito por los médicos tratantes, teniendo en cuenta los diagnósticos médicos que padece la 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, 13, 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. 931 - 2010, T-861 de 2012, T-103 de 2009, T-395-15, 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.”<sup>1</sup>

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna “se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible,

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

*cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”.*<sup>2</sup>

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

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

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

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

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

Acorde con lo dispuesto por el citado artículo, la jurisprudencia de 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

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

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

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

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 Corporación, en la medida en que es solicitado por vía de tutela.

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

Ahora bien, 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 bariátricas a la que más se acude, se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de

Salud. No obstante, ello no implica que, en todo caso, la autorización por vía de tutela de dicho procedimiento sea posible, pues se deben cumplir ciertos requisitos a saber:

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

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

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

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

En tutela T 322/18, La Sala Novena de Revisión de tutela de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alberto Rojas Ríos, evaluó la situación jurídica de la accionante y amparó sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida en condiciones dignas, al considerar acreditados los supuestos jurídicos desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte para la autorización de un servicio médico que no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios de Salud, ni excluido expresamente de él : *“(i) la intervención de Bypass por Laparoscopia es indispensable para mejorar las condiciones de salud y de vida digna de la actora, (ii) el procedimiento médico no puede ser suplido por otro que se encuentre dentro del Plan de Beneficios en Salud, (iii) la operación ha sido dispuesta por su médica tratante, (iv) se probó la falta de recursos económicos de la parte actora para pagar una actuación clínica de esas características”*. La Corte Constitucional además determinó que las cargas administrativas que le ha impuesto la EPS Medimás a la actora para autorizar el procedimiento médico referido, son desproporcionadas y arbitrarias. En la Sentencia, la Corte resaltó que *“por su propia patología de obesidad mórbida que le dificulta su movilidad, no puede transportarse continuamente a la ciudad de Bogotá a diligenciar algunas formas o documentos de autorización que exige la entidad prestadora de salud”*. Como consecuencia de lo anterior, la Sala Novena de Revisión de tutela ordenó a la EPS Medimás que, con el objetivo de subsanar la situación de desprotección en que se encuentra la actora, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, autorice el procedimiento médico de cirugía bariátrica requerido para el tratamiento de las patologías que la aquejan.

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

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

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

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

Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008<sup>7</sup>, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurran las siguientes condiciones:

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

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

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente

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

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

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 la actora, la historia clínica, su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

#### ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

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

Lo anterior, en ocasión a que ha realizado el trámite completo como candidata a realizarse el procedimiento “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 NUEVA E.P.S. para programar la cirugía a lo que le responden no requiere autorización, sin que a la fecha se haya autorizado el procedimiento en ninguna de sus ips adscritas.

Por su parte indicó la NUEVA EPS, solicita no acceder a las pretensiones se declare improcedente la solicitud de tutela en contra de NUEVA EPS, toda vez que, por lo expuesto por la accionante y por la naturaleza de la intervención quirúrgica que requiere, queda claro que se enmarca dentro de los servicios estéticos que se encuentran excluidos del PBS y por consiguiente de ser financiados con los recursos del sistema de seguridad social en salud.

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 de, con la actora 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-; cuente con el suficiente nivel de eficacia como para inhabilitar la intervención del juez constitucional.

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

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

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

De allí que, al ser un trámite administrativo en el cual no interviene la 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 la paciente sea calificada como apta, lo cual ocurrió a través de valoración por servicio particular, sin que se aportara argumentos de contenido médico o científico que contravirtieran el dictamen médico.

En la contestación al requerimiento judicial, LA NUEVA E.P.S., reitero como único argumento que se trata de un procedimiento médico excluido del PBS, sin embargo, la realización de la intervención quirúrgica depende del médico tratante y de la observancia de las recomendaciones realizadas al paciente.

Al respecto la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, indicó que, para la programación del procedimiento gastrectomía vertical (manga gástrica) por laparoscopia objeto de la acción de tutela, la paciente debe ser valorada primeramente por cirujano bariátrico de la organización, valoración que la paciente no ha tenido, el caso se somete a junta médica, junta médica que no se ha realizado y valoración por anestesiólogo de la entidad, por lo anterior la paciente debe dirigirse a la NUEVA EPS, para que emita la orden de servicio para valoración por cirugía bariátrica, junta médica y anestesiología a la Organización Clínica General del Norte en el evento que la orden este dirigida a otra IPS la paciente debe cumplir el protocolo en esa institución.

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

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

En el caso de marras, si bien se le recomendó por los médicos tratantes, la cirugía Bariátrica, la misma está condicionada al cumplimiento de estudios previos y demás necesarios brindados en el programa de obesidad de la entidad prestadora del servicio de salud NUEVA EPS S. A. , por tal razón, es necesario la calificación de Junta de Profesionales de la Salud para su realización, ante la manifestación de la actora que la entidad no ha suministrado un acompañamiento adecuado, dilatorio en perjuicio de las condiciones de salud.

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

#### X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

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

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

#### RESUELVE

1. AMPARAR los derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud, de la señora CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA CC 1140844733, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. ORDENAR a LA NUEVA E.P.S., para que en el término improrrogable de dos (02) días proceda a emitir cita de control y valoración de junta médica, que requiera la paciente CRISTINA ISABEL LOZANO LICONA CC 1140844733, que determine la aptitud de la paciente para la práctica de la intervención GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA. En caso del cumplimiento de las condiciones de salud del paciente, iniciar la preparación pre quirúrgica, proceda a programar la intervención quirúrgica GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA, la

cual deberá ser realizada en un término no mayor a tres meses, practicada por el médico tratante o un médico adscrito a la red prestadora de la entidad NUEVA E.P.S.

3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico [ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co).
4. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaría envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA  
JUEZA