

*REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO*



*JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO  
PALMIRA – VALLE*

**SENTENCIA TUTELA PRIMERA INSTANCIA N° 042.-  
Veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022)**

**1. MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Proferir sentencia de primera instancia en este trámite de tutela iniciado por la señora **LUZ AMPARO RODRIGUEZ RAMOS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.931.567 expedida en Pradera (V), con domicilio en la calle 3 # 8-37 Barrio el Cairo del Municipio de Pradera número telefónico 3205732979, email: amparo201942@hotmail.com, contra la **NUEVA EPS S.A.**, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con el derecho a la vida e integridad personal.

**2. ANTECEDENTES**

Expone la accionante que desde el año 2021 le han realizado exámenes médicos para determinar el estado actual de salud, puesto que se siente muy cansada, débil y en estado de obesidad. El 17 de enero de 2022 fue remitida a la Clínica de la Obesidad, donde le mandan un plan de manejo y recomendaciones nutricionales, sin embargo, no ha tenido buenos resultados. A su vez, es remitida a valoración psicológica por su obesidad, el cual le recomiendan buenos hábitos de vida saludable en casa. Agrega que: “*el 28 de marzo de 2022 en control de consulta externa en el análisis refieren que tengo hernia HIATAL candidata a manejo quirúrgico Gastrectomía o manga gástrica por laparoscopia como única Opción de tratamiento quirúrgico para mejorar riesgo cardiovascular y metabólico con parámetros IFSO Y ACOCCIB, por hallazgos en la endoscopia se solicita Corrección de Hernia HIATAL*” el mismo día, fue valorada por un anesthesiólogo y describen que requiere: una “*cirugía ANTIREFLUJO GASTRESTOMIA MAS RECONSTRUCCION DE ESFINTER POR LAPAROSCOPIA O TRRASCOSCOPIA por POS*” expidiendo la respectiva orden.



Conforme a ello, señala que, ha insistido ante la NUEVA EPS y la CLINICA NUEVA RAFAEL URIBE URIBE para que se le realice la cirugía y el tratamiento pendiente, sin tener respuesta alguna, solo presentan excusas de que no hay anestesiólogo, que no están realizando cirugías, y que la usuaria puede esperar. Señala que continua con fuertes dolores producto de la hernia hiatal, y se siente muy débil.

Por lo anterior, solicita se tutelen los derechos fundamentales a la salud, en conexidad a la vida y a la integridad personal, y se ordene a la accionada *“que realice lo ordenado en los documentos soporte como ordenes medicas la de la cirugía Corrección de Hernia HIATAL, y requiero de cirugía ANTIREFLUJO GASTRESTOMIA MAS RECONSTRUCCION DE ESFINTER POR LAPAROSCOPIA O TRRASCOSCOPIA por POS, como también la GASTROCTOMIA VERTICAL(MANGA GASTRICA) POR LAPAROSCOPIA.”*

Para sustentar lo expuesto, presenta como prueba copia de los siguientes documentos: Historia clínica expedida por la CLINICA NUEVA RAFAEL URIBE URIBE SAS NIT 900891513-3 y las ordenes expedidas por las mismas.

### 3. DEL TRÁMITE

Mediante Auto Interlocutorio de Tutela de Primera Instancia No. 081 del 8 de junio de 2022 este Despacho asumió el conocimiento de la solicitud de tutela presentada por la señora LUZ AMPARO RODRIGUEZ RAMOS. Se ordenó, entonces, la notificación del ente accionado, esto es, la NUEVA EPS S.A. y vincular al CONSORCIO NUEVA CLINICA RAFAEL URIBE, para garantizar su derecho de defensa y debido proceso.

Más adelante, conforme lo expuesto por la NUEVA EPS en su escrito de contestación, se ordenó la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES. Asimismo, se decretó como prueba de oficio: REQUERIR i)a la NUEVA EPS para que, en el término de la distancia, especifique las razones que conllevaron a registrar la novedad en la afiliación de la señora Luz Amparo Rodríguez Ramos, beneficiaria en el régimen contributivo, en estado RETIRADO; ii) a la accionante para que informe lo relativo a su estado actual de afiliación en el SGSSS, atendiendo lo expuesto por la NUEVA EPS.

#### 3.1 RESPUESTA DE LA ACCIONADA Y VINCULADAS

Al llamado, LA NUEVA EPS S.A. informa que al validar el caso, se abordan los siguientes puntos: i) desde el área técnica de AFILIACIONES, la



accionante no se encuentra en estado activo, por ello no se pueden garantizar los servicios de salud, en medida que esto generaría un *“desequilibrio financiero”*, lo cual se evidencia en el sistema de la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social, que la señora LUZ AMPARO RODRIGUEZ se encuentra en ESTADO RETIRADO; señala que: *“los servicios médicos son regularmente prestados a quienes ostentan la condición de afiliado cotizante o beneficiario del sistema de salud de la entidad. En el mismo sentido, es claro que las Entidades Promotoras de Salud no pueden prestar servicios a personas que no se encuentren en estado activas, es decir, las aseguradoras no están obligadas a prestar los servicios médicos indefinidamente.”* al igual que *“prestar los servicios a personas que se encuentran en un estado diferente al activo en el Sistema de seguridad social en salud rompe con las consignas mínimas como lo son equilibrio financiero, Obligatoriedad de Sistema, Los servicios en salud se prestan a quienes ostentan la calidad de afiliados y Las aseguradoras no están obligadas a prestar los servicios médicos de forma indefinida”* ii) hasta que no se resuelva el estado de afiliación de la parte actora no es procedente la prestación de servicios de salud en virtud a que se rompe con el equilibrio financiero, el encargado de cumplir con los procesos de afiliación es el Director de afiliaciones y su superior jerárquico el Gerente de afiliaciones; iii) de conformidad con la Resolución 2292 de 2021 *“por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”* no incluye la prestación de cirugía bariátrica o manga gástrica; por último, iv) señala la diferencia entre procedimientos estéticos y funcionales, en virtud de la Sentencia T 003/19 de la Corte Constitucional: *“...la relativa a tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor, no puede ser cubierta con los recursos previstos para el Plan de Salud del Magisterio...”*. Finalmente, solicita NO ACCEDER a las pretensiones incoadas.

Por su parte la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, a través del Jefe de la Oficina Jurídica, recalca que, de conformidad con la normatividad vigente, es función de la EPS y no de esa Entidad la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS. Precisa que, es esa Entidad quien tiene la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores; absteniéndose de no garantizar o retrasar la prestación, de tal forma que ponga en riesgo la vida y salud del paciente.

En cuanto al tema de recobros dice que:



*“...a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos. Por lo anterior, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios y de forma periódica, de la misma forma cómo funciona el giro de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Lo anterior significa que la ADRES ya GIRÓ a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC ya sí, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud”.*

Así las cosas, solicita se niegue el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la ADRES y, en consecuencia, se ordene su desvinculación. Asimismo, se niegue cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS.

#### 4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

##### 4.1 PROBLEMA JURÍDICO:

En el presente asunto, le corresponde a esta instancia establecer si la NUEVA EPS vulnera los derechos fundamentales a la SALUD Y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS de la señora LUZ AMPARO RODRÍGUEZ RAMOS, al no disponer la autorización y realización de los procedimientos quirúrgicos *i) gastrectomía vertical (manga gástrica) por laparoscopia* y *ii) cirugía antirreflujo gastroesofágico más reconstrucción de esfínter por laparoscopia o toracoscopia*, ordenados por su médico para el tratamiento de sus diagnósticos de *obesidad grado II y otros*.

##### 4.2 PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

##### 4.2.2 De los derechos presuntamente vulnerados.



**4.2.2.1 Derecho a la vida y la salud.** En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la vida está compuesto por una serie de facultades fundamentales, inalienables a la persona. Así, indica que la vida no es tan solo la existencia biológica, pues su derecho debe explayarse más allá de la escueta pervivencia, para que las personas subsistan decorosamente y les sea posible su desarrollo en sociedad. De esa forma, la Corte en múltiples ocasiones ha propendido por la protección de la vida en forma integral, buscando que la persona obtenga del sistema de seguridad social una solución satisfactoria a sus dolencias físicas y psicológicas, que afecten su normal desarrollo personal. Incluso, ha ordenado la realización de cirugías que, *prima facie*, podrían catalogarse como estéticas, pero conllevan una connotación funcional fundamental, en aras de garantizar la vida del paciente en condiciones dignas y sin compromiso de su salud física y síquica<sup>1</sup>.

Por tanto, ***todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios que requieran***, es decir, aquellos indispensables para conservar la salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, ***su integridad personal, o la dignidad***. En ese sentido, las empresas prestadoras de salud (del régimen contributivo y subsidiado), están en el deber de garantizar dicha prerrogativa sin importar si los servicios requeridos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por consiguiente, “*si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.*”<sup>2</sup>

Ahora bien, el derecho que tienen los usuarios del sistema de seguridad social en salud, implica que el acceso al servicio se realice de manera oportuna, eficaz y con calidad. Así, **en los eventos en los que un servicio médico que se requiera – incluido en el POS – haya sido reconocido por la entidad en cuestión pero su prestación no se garantizó oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, se presenta una violación del derecho a la salud y el mismo debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional**<sup>3</sup>. En ese sentido, cuando “*el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.*”<sup>4</sup>

De forma similar, la Corte Constitucional ha enfatizado en que los servicios de salud que se presten a los usuarios deben ser de calidad. Para las

<sup>1</sup> T- 392 de mayo 28 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>2</sup> Sentencia T-760 de 2008.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-085 de 2007.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.



entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, respetar ese derecho, supone, por ejemplo, que a la persona no le sea suministrado un medicamento o realizado una intervención de mala calidad, que desmejore su salud.<sup>5</sup> Estos conceptos de oportunidad, eficiencia y calidad de los servicios de salud, comprenden entre muchos aspectos, el principio de integralidad, el acceso al servicio libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos y el principio de continuidad.

El principio de integralidad, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sido asociado con la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante. Al respecto ha dicho esta Corporación que *“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente<sup>6</sup> o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social”<sup>7</sup>*

El derecho a la salud se considera fundamental por definición jurisprudencial de la Corte Constitucional. Así en Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa se hicieron las siguientes precisiones: *“La salud es un derecho constitucional fundamental, no solamente, por guardar estrecha relación con los derechos a la vida, la integridad personal y la dignidad humana, sino porque muchas de las veces, el tutelante es sujeto de especial protección, y lo más importante, aquella se encuentra contemplada dentro de los servicios públicos amparados por la carta política, el bloque de constitucionalidad, la ley, y los planes obligatorios de salud…”* Agrega en dicha providencia, que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. Refiere el numeral 3º del artículo 153 de la Ley 153 de 1993, que establece: *“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”*. Cita igualmente, el literal c del artículo 156 de la misma ley, *“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico*

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2004.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1059 de 2006.



*quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”*

**4.2.2.2 Derecho a la Seguridad Social**– El derecho a la Seguridad Social es catalogada en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental; de esta manera los artículos 48 y 49 de la Constitución Política lo describe por un lado como un derecho irrenunciable y, por otro, como un servicio público, lo que implica que el Estado se encuentra en la obligación de dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “...de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales”<sup>8</sup>

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia ha reiterado que, no solamente concierne al Estado garantizar dicho derecho si no que su misión está íntimamente ligada con la vigilancia a las Entidades Promotoras de Salud, a fin de que cumplan con sus deberes, que garanticen los derechos de sus afiliados, entre ellos el de la libre escogencia, que no es ni más ni menos, el respeto por no solo recibir una adecuada atención en salud, si no el de que sea el usuario quien elija las condiciones en que debe ser prestado.

**4.2.2.3 El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.** Este principio ha sido definido por la Ley 100 de 1993<sup>9</sup> de la siguiente manera: “[t]oda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. A su vez, la Corte ha venido reiterando<sup>10</sup> los criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud – EPS, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, de la siguiente manera: “(i) las prestaciones en salud, como

<sup>8</sup> Sentencia T-164 del 2013. M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

<sup>9</sup> El cual define los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS.

<sup>10</sup> Ver sentencia T-1198 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), cuya posición ha sido reiterada en las sentencias T-164 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-479 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-505 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras.



*servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”. Además, precisa, no solo corresponde a la necesidad de los usuarios de recibir los servicios de salud requeridos, sino que éstos no pueden ser suspendidos una vez se hayan iniciado. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad<sup>11</sup>. Al respecto, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de los tratamientos médicos iniciados, estos son: “i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”<sup>12</sup>.*

Además, La jurisprudencia constitucional ha señalado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Es decir, deben recibir “*todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud*”<sup>13</sup>.

Más adelante, en Sentencia T-124-16, al resolver un caso similar al que hoy se plantea, sostuvo: “*...el Estado y los particulares comprometidos con la prestación de servicios de salud deben facilitar su acceso conforme a principios como el de continuidad e integralidad. A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera*

<sup>11</sup> Ver Sentencia T-214 de 2013 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva).

<sup>12</sup> Ver Sentencia T-170 de 2002 (Manuel José Cepeda Espinosa), cuya posición ha sido reiterada en las sentencias C-800 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda), T-140 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-281 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-479 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-531 de 2012 (MP. Adriana María Guillén Arango), entre otras.

<sup>13</sup> Ver sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).



*eficaz, regular, continua y de calidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos”.*

#### **4.2.2.4 Las reglas jurisprudenciales aplicables para valorar si procede ordenar el suministro de insumos y servicios médicos no incluidos en el PBS.**

Como se mencionó anteriormente, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que puede ser amparado a través de la tutela. Este carácter fundamental es reiterado por la Ley 1751 de 2015, ley estatutaria en salud<sup>14</sup> y ha sido reconocido así por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, aunque se reconoce como derecho fundamental no implica que sea absoluto, pues admite límites de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que establece la norma estatutaria. Es así como el ordenamiento jurídico ha admitido que exista un Plan de Beneficios en Salud (PBS) que contemple una serie de servicios, medicamentos e insumos, que deben ser garantizados por las E.P.S, y otros cuya prestación no debe ser garantizada por dichas entidades. Por otra parte, existen ciertos medicamentos, insumos y servicios que, en principio, se encuentran excluidos del PBS, pero que deben ser suministrados por las Entidades Promotoras de Salud en ciertas circunstancias.

En ese aspecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en precisar que *“el derecho constitucional fundamental a la salud cuya efectiva garantía se relaciona estrechamente con la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad no solo debía protegerse cuando las personas se hallaban en peligro de muerte, sino que [abarca] la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello [fuera] posible, cuando estas condiciones se [encontraban] debilitadas o lesionadas y [afectarán] la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”<sup>15</sup>*

<sup>14</sup> Artículo 2º de la Ley 1751 de 2015 que establece que: *“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.*

<sup>15</sup> Sentencias T-038 de 2007 y T-159 de 2015.



Asimismo, ese Tribunal Constitucional ha establecido como regla general que, en aquellos casos en los cuales el médico tratante ordene un servicio excluido dentro del PBS que sea vital para la salud, la vida digna e integridad del paciente, y que no pueda ser sustituido por otro servicio incluido dentro del PBS, resulta procedente de manera excepcional la autorización y/o suministro del servicio médico.

En Sentencia T-003 de 2015, la Corte Constitucional sostuvo que: “...*que cuando los servicios médicos no contemplados en el POS sean requeridos con necesidad, las EPS tiene el deber constitucional de garantizar su suministro.*”<sup>16</sup> Ello supone que, el juez de tutela debe inaplicar para el caso concreto la reglamentación del PBS y aplicar directamente la constitución con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social. En consecuencia, esa misma Corporación, ha desarrollado sendos criterios, que le permitirán al juez determinar si es procedente o no ordenar servicios de salud excluidos del POS, a decir :“(i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.”<sup>17</sup> (Resalta el Despacho). Así entonces, le corresponde al juez de tutela ponderar, con base en dichos requisitos, si hay lugar a disponer el suministro de los medicamentos, procedimientos, elementos o servicios médicos no incluidos en el PBS.

**4.2.2.5 Del principio de capacidad técnica en la relación médica. Regla de la lex artis o ley del arte.** En sentencia T- 263 de 2009, la Corte Constitucional dijo que al establecer si en realidad se comprometen los derechos a la salud y a la vida del paciente, la urgencia del servicio y la incapacidad de costearlo son los elementos fácticos que debe verificar el juez de tutela en un caso concreto para definir el carácter de necesidad de un servicio de salud. Sin embargo, siendo un asunto primordialmente técnico, es necesario fijar un criterio objetivo, y para ello el juez de tutela se debe remitir a la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente, esto es, tiene el conocimiento científico médico, y es quien atiende directamente al paciente, y por ello tiene el conocimiento específico

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-003 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-249 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; Dichos requisitos jurisprudenciales han sido ponderados por esta Corporación en las siguientes sentencias: SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz., T-283 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; T-560 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-406 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-1325 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-760 de 2008; M.P. Manuel José Cepeda; T-017 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas T-054 de 2014, MP.. Alberto Rojas Ríos; T-160 de 2014; Nilson Pinilla Pinilla; T-249 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; entre otras.



del caso, - lex artix - en nombre de la entidad que presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad).

Esa es la fuente de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona-(*Sentencias T-271 de 1995 y SU - 480 de 1997 M. P. Alejandro Martínez Caballero, SU -819-1999 M. P: Álvaro Tafur Galvis*). De igual manera, la jurisprudencia ha considerado que el concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el del funcionario de la EPS, y debe ser tenido en cuenta prioritariamente por el juez. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante, la cual ha sido especificado por la Corte Constitucional así:

*“Respecto de las prestaciones de salud ordenadas por el médico tratante, entre las cuales se encuentran los medicamentos, pero también los diagnósticos, exámenes, intervenciones, cirugías etc., o cualquier otro tipo de prestación en salud, siendo el médico tratante el profesional competente para indicar el tratamiento necesario para promover, proteger o recuperar la salud del paciente. Por tanto, una vez que el médico tratante ha determinado qué necesita un paciente, ese requerimiento se convierte respecto de ese ciudadano en particular en un derecho fundamental a ser protegido por el sistema general de salud. Los servicios de salud de cualquier tipo y clase que deben prestar las EPS, entre ellas los medicamentos, son todas aquellas prestaciones en salud que el médico tratante, con un criterio científico objetivo ha determinado que necesita el paciente para recuperar su salud. Estas órdenes médicas se encuentran plenamente justificadas con base en criterios científicos, razón por la cual considera la Corte que las prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante adquieren una fundamentabilidad concreta respecto del paciente debido a la finalidad última de proteger el derecho fundamental a su salud”*

#### 4.3 CASO EN CONCRETO

De cara al problema jurídico planteado, teniendo en cuenta las premisas fácticas, jurídicas, y los precedentes jurisprudenciales citados, tenemos que la señora Luz Amparo Rodríguez Ramos desde hace varios meses atrás viene siendo sometida a diferentes tratamientos médicos, farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos y nutricionales, a efectos de tratar su diagnóstico de obesidad, sin embargo, pese a los esfuerzos, ha sido infructuoso el resultado deseado, por lo que su médico tratante dispuso como única opción de tratamiento manejo quirúrgico por *gastrectomía o manga gástrica por laparoscopia*, no obstante, la NUEVA EPS no ha dado trámite oportuno a sus requerimientos, interponiendo trabas de índole administrativo, mientras su salud física y mental se deteriora. En idéntica forma ha sucedido con la



*cirugía antirreflujo gastresofagico más reconstrucción de esfínter por laparoscopia o toracospia*, necesaria para la corrección de hernia hiatal. Por su parte, la NUEVA EPS a través de memorial allegado al Despacho informa que la accionante Rodríguez Ramos actualmente se encuentra en estado RETIRADO de la Entidad, por lo que no es obligación prestar servicio medico alguno. Por último, el ADRES resalta que, en efecto, la prestación del servicio recae sobre la EPS, quien deberá cumplir con las obligaciones legales asignadas.

Ante ello, lo primero que ha de advertir esta instancia es que, contrario a lo informado por la NUEVA EPS, actualmente la señora Luz Amparo Rodríguez SI se encuentra vinculada a dicha Entidad en calidad de beneficiaria, en el régimen contributivo; ello atendiendo la información arrojada el día de hoy en la base de datos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES<sup>18</sup>; luego la exoneración de obligación incoada por parte de la NUEVA EPS para la prestación de los servicios de salud a favor de la actora, queda descartada. Acto seguido, pasa el Despacho a determinar si, conforme al precedente jurisprudencia, resulta admisible ordenar, en sede de tutela, la autorización y suministro de los servicios de salud requeridos por la accionante, en especial aquel denominado *gastrectomía o manga gástrica por laparoscopia*, que la EPS pregona se encuentra excluido de la financiación con recursos públicos. En efecto, existe una disposición legal que permite establecer los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, que deben ser garantizados por la EPS, empero, tal como quedó descrito en precedencia, puede suceder que aquel servicio, aun cuando no se encuentre enlistado, resulta ser de vital importancia para la salud y preservación de la vida del paciente. De manera que se permita al Juez Constitucional apartarse de tal determinación y ordenar en sede de tutela el suministro del servicio, pues de no ser así se estaría poniendo en riesgo la salud y vida del paciente. Además, porque también se cumplen con las características expresadas por el Máximo Órgano Constitucional para que así proceda, a decir: **“(i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.”**<sup>19</sup>.

Huelga aclarar que la salud no solo comporta el bienestar físico de un ser humano, ello engloba lo relacionado también a su salud psíquica, psicológica y familiar, de ahí que, por ejemplo, en las personas con diagnóstico de obesidad, se les someta previamente a tratamientos multidisciplinarios, antes

<sup>18</sup> 18ConsultaADRES20220621. Expediente digital.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-249 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; Dichos requisitos jurisprudenciales han sido ponderados por esta Corporación en las siguientes sentencias: SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz., T-283 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; T-560 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-406 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-1325 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-760 de 2008; M.P. Manuel José Cepeda; T-017 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas T-054 de 2014, MP.. Alberto Rojas Ríos; T-160 de 2014; Nilson Pinilla Pinilla; T-249 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; entre otras.



de optar por el procedimiento quirúrgico. Detalles que claramente se agotaron en este caso, conforme a la extensa historia clínica de la paciente; concluyéndose por el galeno la necesidad de la cirugía bariátrica.

Corolario de lo expuesto, no existe otra alternativa que acceder al amparo deprecado y ordenar a la EPS que disponga las medidas administrativas y de logística para que se lleve a feliz término los procedimientos quirúrgicos requeridos por la paciente, ordenados por su médico tratante. En este punto es importante precisar que, si bien la NUEVA EPS, conforme sus funciones legales, contrata Instituciones Prestadoras de Servicio para que a través de ésta se proporcione asistencia a sus afiliados, también lo es que sus obligaciones no cesan allí; en su deber velar porque aquellas Entidades presten un servicio de calidad y oportuno, trabajando mancomunadamente para que todos sus afiliados puedan acceder a los servicios de salud requeridos.

Finalmente, en cuanto al tema de los recobros, si los tratamientos que se autorizan—atendiendo a la orden impartida— se encuentran excluidos del P.B.S., el ente accionado deberá prestar los servicios requeridos teniendo la facultad administrativa de recobro, pues su FUENTE es de LEY y no propiamente del fallo de tutela, por lo que no hay lugar a atender favorablemente la solicitud invocada por la EPS.

## 5. PARTE RESOLUTIVA:

En virtud de lo expuesto, En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE PALMIRA**, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

### R E S U E L V E:

**PRIMERO:** TUTELAR el derecho fundamental a la SALUD y VIDA EN CONDICIONES DIGAS de la señora **LUZ AMPARO RODRÍGUEZ RAMOS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66931567, dentro de la acción de amparo propuesta contra **NUEVA EPS S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la **NUEVA EPS**, a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en un término máximo de SEÍIS (6) DÍAS proceda a AUTORIZAR Y GESTIONAR, a través de una IPS idónea y contratada para tal fin, la realización de los procedimientos quirúrgicos *gastrectomía vertical (manga gástrica) por laparoscopia y cirugía antirreflujo gastresofagico más reconstrucción de esfínter por laparoscopia o toracosopia*, ordenados por el



médico tratante el 28 de marzo de 2022; mismo que deberá practicarse en un plazo máximo de 60 días. Lo anterior, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

**TERCERO:** ABSTENERSE de emitir pronunciamiento sobre recobro, conforme lo expuesto en precedencia.

**CUARTO:** NOTIFÍQUESE este proveído a las partes intervinientes en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, fallo que puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación (artículo 31 ibidem).

**QUINTO:** Si no fuere recurrida esta providencia, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CAROLINA GARCÍA FERNÁNDEZ  
Juez

