

## Sentencia T-1078/07

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122 de 2007, art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario o la usuaria; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.

DERECHO A LA SALUD-Precedentes jurisprudenciales en la práctica de cirugía por By pass gástrico por laparoscopia en virtud de orden proferida por Juez de Tutela

DERECHO A LA SALUD-Requisitos particulares que se deben cumplir en casos de cirugía de By pass gástrico por laparoscopia

Debido a la complejidad y al riesgo quirúrgico que supone el procedimiento genéricamente descrito, la jurisprudencia ha sido enfática en exigir el especial cumplimiento de dos requisitos particulares: (i) la efectiva valoración técnica que debe hacerse, en cada caso particular, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento; y (ii) el “consentimiento informado del paciente”, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo.

## DERECHO A LA SALUD-Caso de cirugía de By pass gástrico por laparoscopia que no se ordena/MANDATO CONSTITUCIONAL DE AUTOCUIDADO DE LA SALUD

En el presente caso no aparece demostrado que el procedimiento solicitado haya sido ordenado por médicos adscritos a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada la Sra. Delgado Perafán. En efecto, de los documentos allegados al proceso se tiene que el dictamen según el cual la peticionaria es candidata para la práctica de la intervención quirúrgica motivo de disputa fue formulado por un especialista de la “Clínica de la obesidad”, la cual hace parte de la Fundación Valle del Lili, entidad con la cual si bien la EPS accionada celebró un convenio de afiliación, empero esto no significa que se trate de un médico adscrito a S.O.S. EPS. Por otra parte la peticionaria no ha recurrido a la entidad accionada con la finalidad de explorar otras posibilidades terapéuticas para tratar su obesidad, a pesar que S.O.S EPS informa que cuenta con un equipo de especialistas multidisciplinario y diversos tratamientos los cuales ofrece a la peticionaria. En esa medida no puede sostenerse que en este caso otros tratamientos contemplados en el POS no tiene la efectividad requerida para tratar el padecimiento de la actora pues ésta ni siquiera ha intentado recurrir a ellos y en consecuencia tampoco se cumple con otro de los criterios señalados por esta Corporación para conceder mediante el amparo constitucional una prestación excluida del Plan Obligatorio de Salud. Finalmente. no considera esta Sala de revisión que sea un argumento suficiente para negarse a explorar otros posibles tratamientos la negativa de la actora a seguir dietas o practicar ejercicios debido a que según afirma es “lasciva con los alimentos”, cabe recordar que el Bypass gástrico por laparoscopia se encuentra excluido del POS, tiene un elevado costo, y por ende sólo de manera excepcional puede ordenarse su práctica máxime cuando debe sufragarse con recursos públicos, por tal razón los pacientes deben hacer esfuerzos para cumplir con el mandato constitucional de autocuidado de su salud y no limitarse a alegar su falta de disciplina para negarse a intentar los procedimientos previstos en el POS.

Referencia: expediente T-1706928

Acción de tutela instaurada por Olga Liliana Delgado Perafán contra Servicio Occidental de Salud (S. O. S.) EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Clara Inés Vargas Hernández y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de las sentencias dictadas por el Juzgado Trece (13) Penal Municipal con función de control de garantías constitucionales, en primera instancia, y el Juzgado Quince (15) Penal del Circuito de Santiago de Cali, en segunda instancia, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Olga Liliana Delgado Perafán contra Servicio Occidental de Salud (S.O.S.) EPS.

### I. ANTECEDENTES

La Sra. Olga Liliana Delgado Perafán interpuso acción de tutela contra Servicio Occidental de Salud EPS, con el objeto de que se amparara su derecho fundamental a la vida.

#### 1. Hechos

1.- La actora se encuentra afiliada a la EPS Servicio Occidental de Salud (en adelante S.O.S. EPS), en calidad de beneficiaria de su esposo<sup>1</sup>, dentro del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud.

2.- Cuenta con treinta y seis (36) años de edad<sup>2</sup> y padece de obesidad mórbida, pues su estatura es de 158 cm. y al momento de interponer la acción de tutela pesaba 108 kilogramos, por lo tanto su índice de masa corporal era de 46 Kgm<sup>2</sup><sup>3</sup>.

3.- Afirma que la obesidad que padece le ocasiona serias limitaciones a su vida normal, pues le produce dolores permanentes en los tobillos y rodillas, lo que le impide caminar o hacer ejercicios, tampoco consigue fácilmente ropa, ni puede realizar actividades cotidianas como

subirse a un bus o pasar por una máquina registradora. Alega que su vida familiar y personal también se ve afectada pues es objeto de burlas y por esa razón evita asistir a espectáculos y lugares públicos.

4. Alega que ha acudido a los médicos adscritos a la EPS a la cual está afiliada, quienes le han prescrito diversos tratamientos que han sido infructuosos pues debido a su obesidad no puede hacer ejercicio, y tampoco ha conseguido seguir las dietas que le han sido prescritas debido pues según afirma es “lasciva con los alimentos”<sup>4</sup>.

5. Asistió a la Clínica de la Obesidad de la Fundación Valle del Lili<sup>5</sup>, institución con la cual la entidad demandada tiene un convenio vigente<sup>6</sup>, donde fue examinada y se le consideró apta para la práctica de la cirugía Bypass gástrico por laparoscopia.

6. Debido a que carece de recursos<sup>7</sup> para sufragar dicha cirugía<sup>8</sup> presentó una petición a S.O.S. EPS para que le fuera autorizada tal intervención, sin embargo le fue respondido que esta cirugía estaba excluida del POS (Plan Obligatorio de Salud)), además de entrañar riesgos ciertos para su salud y que no había sido valorada por especialistas adscritos a la entidad con miras a determinar la posibilidad de recurrir a otros tratamientos para aliviar su padecimiento<sup>9</sup>.

Considera la actora que la negativa de la entidad demandada a autorizar la cirugía Bypass gástrico por laparoscopia amenaza su derecho fundamental a la vida, pues requiere la intervención para mejorar su salud y poder gozar de una vida digna.

## 2. Solicitud de tutela

La actora solicita que se tutelen los derechos invocados y, en consecuencia, se ordene a la entidad demandada le practique la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia, le suministre los medicamentos, insumos y exámenes de diagnóstico pre y post quirúrgicos, y le brinde el servicio integral necesario para el mejoramiento de su calidad de vida.

## 3. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

Reposan en el expediente los siguientes documentos:

1. Fotocopia del carné de afiliación de la Sra. Delgado Perafán (folio 7)
  2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la Sra. Delgado Perafán (folio 6).
  3. Resumen de la historia clínica de la Sra. Delgado Perafán (folio 14).
  4. Certificación de la Fundación Valle del Lili (folio 17).?
  5. Fotocopia de la cotización de la cirugía Bypass gástrico por laparoscopia (folio 16).
  6. Respuesta de la representante de S.O.S. EPS a la solicitud presentada por la Sra. Olga Liliana Delgado Perafán (folio 11).
4. Intervención de la entidad demandada

En escrito presentado ante el juez de primera instancia, la apoderada judicial de S.O.S. EPS, solicitó al juez de conocimiento no acceder a las pretensiones de la demandante. Argumentó para ello que la entidad no ha vulnerado sus derechos fundamentales, pues le ha prestado toda la atención a la que se encuentra obligada.

Adujo que la cirugía Bypass gástrico por laparoscopia se encuentra excluida del POS y que por lo tanto no era una prestación que estuviera obligada a ejecutar la entidad accionada. Puso de manifiesto que según diversos estudios médicos esta intervención supone riesgos operatorios y tiene un alto índice de mortalidad. Sostuvo además que la actora no ha acudido a la entidad para ser evaluada por un grupo multidisciplinar que le prescriba un tratamiento para la obesidad que padece.

Alegó que dentro del POS están contemplados otros tratamientos alternativos, menos riesgosos e igualmente idóneos para aliviar la obesidad, los cuales han tenido éxito con pacientes que presentan un grado similar de obesidad a la Sra. Delgado Perafán, y sugirió que ésta debería solicitar una cita para ser evaluada y acceder a un programa con el propósito de alcanzar su peso adecuado.

Pidió también se practicaran pruebas con el fin de determinar la capacidad económica de la demandante y la necesidad de la intervención quirúrgica. Finalmente, solicitó que en caso de

que la acción de tutela sea concedida, se ordene al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) - Ministerio de la Protección Social, subcuenta de compensación del régimen contributivo, pagar el 100% de los costos generados en los servicios prestados a la peticionaria, dentro de los veinte (20) días siguientes a la presentación de la solicitud de pago.

## 5. Sentencias objeto de revisión

Conoció en primera instancia el Juzgado Trece (13) Penal Municipal con función de control de constitucionales de Santiago de Cali, el cual mediante sentencia proferida el nueve (9) de marzo de dos mil siete (2007) denegó el amparo solicitado.

Luego de hacer un recuento del acceso a la prestación de servicios en salud como un derecho fundamental conexo, consideró la jueza constitucional que en el presente caso no se cumplían las condiciones para tutelar el derecho presuntamente vulnerado pues la actora no había acudido a la EPS demandada para que su enfermedad fuera valorada y se le prescribieran los tratamientos necesarios para su mejoría. Consideró relevante la jueza de primera instancia que la demandante no acreditara haber recurrido a S.O.S. EPS, sino que directamente había solicitado le fuera practicada una cirugía prescrita por un médico no adscrito a la entidad demandada. Así mismo estimó decisivo que S.O.S. EPS, en el escrito de respuesta a la acción impetrada, propusiera distintas opciones terapéuticas para tratar a la Sra. Delgado Perafán, ninguna de las cuales había sido intentada por ésta.

La demandante apeló el fallo de primera instancia pues considero que esta decisión no protegía sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, no obstante, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Santiago de Cali la confirmó mediante providencia de mayo treinta y uno (31) de dos mil siete (2007). Sostuvo el juez de segunda instancia, que el derecho a la salud es un derecho prestacional el cual puede ser protegido mediante acción de tutela cuando estuviera en conexidad con derechos fundamentales tales como la vida o la dignidad humana, empero encontró que en el caso sometido a decisión no se presentaban las condiciones requeridas para su protección median la garantía constitucional, pues la demandante no se había sometido a otros tratamientos médicos para mejorar su estado de salud, de manera tal que no disponía el juez de tutela de elementos de juicio que le permitieran establecer si “la paciente ha realizado otro tipo de tratamientos para reducir su

peso corporal, y así evitar una cirugía que posiblemente no sea necesario practicarle por el momento”10.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

### 2. Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

La Sra. Delgado Perafán se encuentra afiliada a la EPS Servicio Occidental de Salud (en adelante S.O.S. EPS), en calidad de beneficiaria de su esposo, dentro del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud. Cuenta con treinta y seis (36) años de edad y padece de obesidad mórbida. Asistió a la Clínica de la Obesidad de la Fundación Valle del Lili, institución con la cual la entidad demandada tiene un convenio vigente, donde fue examinada y se le consideró apta para la práctica de la cirugía Bypass gástrico por laparoscopia. Presentó una petición a S.O.S. EPS para que le fuera autorizada tal intervención, debido a que carece de recursos para costearla, sin embargo la entidad prestadora le respondió que esta cirugía estaba excluida del POS, además de entrañar riesgos ciertos para su salud y que no había sido valorada por especialistas adscritos a la entidad con miras a determinar la posibilidad de recurrir a otros tratamientos para aliviar su padecimiento. Por tal razón la Sra. Delgado interpuso acción de tutela por la supuesta vulneración o amenaza de su derecho a la vida y solicitó se ordenara a la EPS la práctica de la intervención quirúrgica. Los jueces de instancia denegaron el amparo solicitado por considerar que en este caso no se reunían los requisitos para ordenar una intervención excluida del POS ya que la actora no había recurrido a la entidad demandada en procura de ser evaluada y tratada de la obesidad que padece por otros medios alternativos distintos a la práctica de la intervención quirúrgica.

De acuerdo con los hechos reseñados, debe esta Sala resolver si la negativa de la EPS demandada a practicar la cirugía BY PASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA vulnera o amenaza el derecho a la vida de la demandante. A fin de resolver la anterior cuestión procederá esta

Sala de Revisión a (i) reiterar la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la salud, como derecho susceptible de protección por vía de tutela; (ii) estudiar las reglas jurisprudenciales en materia de medicamentos, tratamientos e intervenciones excluidas del POS; y (iii) en última instancia analizará si, en el caso concreto, se configuró una violación de los derechos fundamentales de la actora.

La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud, en favor de todos los habitantes del territorio nacional, es tanto un derecho como un servicio público<sup>11</sup>. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>12</sup>.

Con todo, ha explicado este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela, pues su garantía implica el reconocimiento de que su faceta prestacional, lo que obliga al Estado a asignar recursos para que su garantía tenga un alcance integral, todo esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. Además, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la precisión de las prestaciones que lo configuran. En este contexto, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria,

tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, personas con discapacidad, entre otros) o, por otra parte, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.”<sup>13</sup> De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122 de 2007, art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario o la usuaria; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.<sup>14</sup>

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a

causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares -en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente<sup>15</sup> de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener cómo asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"<sup>16</sup>. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el

cumplimiento de dicha obligación.

Hechas las anteriores consideraciones, debido a que en el caso concreto el origen de la acción impetrada es la negativa de una entidad prestadora a practicar una cirugía excluida del POS, se hará un breve recuento de las reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación en estos eventos.

4. Los criterios jurisprudenciales para ordenar en sede de tutela prestaciones excluidas del POS.

En reiteradas decisiones esta Corporación ha defendido la procedencia de la acción de tutela frente a la negativa de una entidad prestadora de salud a otorgar una acción preventiva, diagnóstico, medicamento, tratamiento, implemento o servicio de salud que se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS), no obstante, esta protección excepcional no es absoluta, sino que debe ser proporcional y limitada en función de otros bienes y derechos involucrados en estos casos y en atención a la estabilidad financiera y organizativa del SGSSS. Para determinar tales eventos, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado cinco criterios, los cuales son brevemente reseñados a continuación:

(i) Cuando la falta del diagnóstico, medicamento, procedimiento o implemento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales a la vida o la integridad física del interesado. Según esta Corte, el derecho a la vida no sólo tiene una dimensión material o biológica, sino también una dimensión de “vida digna”<sup>17</sup>, la cual, de conformidad con decisiones jurisprudenciales recientes<sup>18</sup>, comprende los campos de autonomía en el diseño del plan vital (“vivir como se quiera”), ciertas condiciones materiales de existencia (“mínimo vital”) y la intangibilidad de bienes como la integridad física o moral (“vivir sin humillaciones”).

(ii) Cuando se trate de un medicamento, tratamiento o implemento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

(iii) Cuando el paciente realmente no pueda sufragar el costo del diagnóstico, medicamento, tratamiento o implemento requerido.

(iv) Cuando no se puede acceder a él por ningún otro modo o sistema.

(v) Cuando el diagnóstico, medicamento, tratamiento o implemento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante.

De verificarse estos requisitos, el juez de tutela ordenará a la entidad de seguridad social que suministre la prestación requerida, cualquiera que sea ésta, empero con el propósito de no afectar el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la entidad prestadora a la que se ordenó la atención del paciente podrá repetir ante el FOSYGA, para obtener el reintegro de los costos en que incurra. Ahora bien, en lo que hace relación a la práctica de la cirugía Bypass gástrico por laparoscopia la jurisprudencia constitucional ha condicionado la práctica de esta intervención en virtud de una orden proferida por un juez de tutela al cumplimiento de los anteriores criterios arriba señalados, como se verá a continuación.

5. Los precedentes jurisprudenciales en materia de la práctica de la cirugía Bypass gástrico por laparoscopia en virtud de una orden proferida por un juez de tutela.

La Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades<sup>19</sup>, ha adelantado un análisis constitucional de la procedencia de la acción de tutela interpuesta por personas que padecen de obesidad mórbida contra las entidades promotoras de salud que niegan el procedimiento denominado Bypass Gástrico por Laparoscopia, en razón de que el mismo se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.

En estos casos, la Corte ha exigido de manera estricta el cumplimiento de los cinco requisitos mencionados en el aparte anterior de esta sentencia. En efecto, en primer lugar, debe quedar demostrado que la persona tiene una patología que le impide absolutamente desenvolverse en comunidad o que tiene graves consecuencias para su vida biológica “sino incluso la existencia misma del afectado”<sup>20</sup>.

Adicionalmente, debe demostrarse que el diagnóstico y solicitud de práctica del procedimiento han sido proferidos por los médicos vinculados a la EPS, también debe acreditarse que no existe otro tratamiento capaz de evitar el daño a la vida. Finalmente, debe quedar claro que la persona no cuenta con los medios económicos para sufragar el tratamiento, bien sea directamente o por medio de mecanismos de financiación no

confiscatorios que cubran este riesgo<sup>21</sup>. En los casos en los cuales no se reúnen los anteriores criterios se ha denegado la práctica del amparo solicitado<sup>22</sup>.

Adicionalmente, debido a la complejidad y al riesgo quirúrgico que supone el procedimiento genéricamente descrito, la jurisprudencia ha sido enfática en exigir el especial cumplimiento de dos requisitos particulares: (i) la efectiva valoración técnica que debe hacerse, en cada caso particular, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento; y (ii) el “consentimiento informado del paciente”, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo<sup>23</sup>.

A continuación se examinará si en el caso objeto de estudio se cumplen los criterios señalados por esta Corporación para ordenar en sede de tutela la cirugía Bypass gástrico por laparoscopia.

## 6. Caso concreto

Tal como se consignó anteriormente la Ley 1122 de 2007 confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios, no obstante, en el presente caso la acción de tutela fue interpuesta antes que se reglamentara el ejercicio de dichas funciones por una parte y, adicionalmente, la controversia suscitada entre la demandante y la EPS accionada no encaja dentro de ninguno de los supuestos previstos en el artículo 41 de la citada ley, por tratarse de un conflicto surgido con ocasión de una prestación excluida del POS. Hecha esta aclaración pasará a examinarse el caso sometido a revisión.

En primer lugar cabe señalar que la intervención quirúrgica solicitada por la peticionaria, denominada Bypass gástrico por laparoscopia, se encuentra excluida del POS. De las pruebas obrantes en el expediente, se advierte que la titular de los derechos cuya protección se reclama por vía de tutela es una persona que padece de obesidad grave o mórbida. Igualmente la accionante manifiesta que carece de medios económicos para costearse la cirugía mencionada, por cuanto la misma tiene un costo superior a diecisiete millones de

pesos (\$17.000.000), suma que excede sus capacidades económicas.

No obstante, en el presente caso no aparece demostrado que el procedimiento solicitado haya sido ordenado por médicos adscritos a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada la Sra. Delgado Perafán. En efecto, de los documentos allegados al proceso se tiene que el dictamen según el cual la peticionaria es candidata para la práctica de la intervención quirúrgica motivo de disputa fue formulado por un especialista de la “Clínica de la obesidad”, la cual hace parte de la Fundación Valle del Lili, entidad con la cual si bien la EPS accionada celebró un convenio de afiliación, empero esto no significa que se trate de un médico adscrito a S.O.S. EPS.

Por otra parte la peticionaria no ha recurrido a la entidad accionada con la finalidad de explorar otras posibilidades terapéuticas para tratar su obesidad, a pesar que S.O.S EPS informa que cuenta con un equipo de especialistas multidisciplinario y diversos tratamientos los cuales ofrece a la Sra. Delgado Perafán. En esa medida no puede sostenerse que en este caso otros tratamientos contemplados en el POS no tiene la efectividad requerida para tratar el padecimiento de la actora pues ésta ni siquiera ha intentado recurrir a ellos y en consecuencia tampoco se cumple con otro de los criterios señalados por esta Corporación para conceder mediante el amparo constitucional una prestación excluida del Plan Obligatorio de Salud.

Finalmente. no considera esta Sala de revisión que sea un argumento suficiente para negarse a explorar otros posibles tratamientos la negativa de la actora a seguir dietas o practicar ejercicios debido a que según afirma es “lasciva con los alimentos”, cabe recordar que el Bypass gástrico por laparoscopia se encuentra excluido del POS, tiene un elevado costo, y por ende sólo de manera excepcional puede ordenarse su práctica máxime cuando debe sufragarse con recursos públicos, por tal razón los pacientes deben hacer esfuerzos para cumplir con el mandato constitucional de autocuidado de su salud y no limitarse a alegar su falta de disciplina para negarse a intentar los procedimientos previstos en el POS.

Por las anteriores razones no encuentra esta Sala que en el caso concreto estén presentes los requisitos jurisprudencialmente señalados para ordenar por medio de una acción de tutela el suministro de una prestación excluida del POS.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencias proferidas por el Juzgado Trece (13) Penal Municipal con función de control de garantías constitucionales, en primera instancia, y el Juzgado Quince Penal del Circuito de Santiago de Cali, en segunda instancia, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Olga Liliana Delgado Perafán contra Servicio Occidental de Salud (S.O.S.) EPS.

Segundo: LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Fotocopia del carné de afiliación, folio 7 del expediente.

2 Fotocopia de la cédula de ciudadanía, folio 6 del expediente.

3 Resumen de la historia clínica de la Sra. Delgado Perafán, folio 14 del expediente.

4 Escrito de tutela folio 2.

5 Resumen de la historia clínica de la Sra. Delgado Perafán, folio 14 del expediente.

6 Certificación de la Fundación Valle del Lili, folio 17 del expediente.

7 En el escrito presentado la accionante afirma que no trabaja y que su cónyuge devenga la suma de quinientos mil pesos mensuales (\$500.000), folio 2 del expediente.

8 Según la cotización que adjunta la demandante la cirugía tiene un valor de diecisiete millones doscientos cuarenta y dos mil quinientos pesos (\$17.242.500), folio 16 del expediente.

9 Respuesta a la solicitud presentada por la Sra. Olga Liliana Delgado Perafán, folio 11 y s.s. del expediente.

10 Folio 119.

12 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

13 Sentencia T-859 de 2003.

14 Ley 1122 de 2007: "Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema

General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

15 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

16 SU-337 de 1999.

17 Sentencia T-926 de 1999.

18 Sentencia T-881 de 2002.

19 Ver entre otras las sentencias T-828 de 2005, T-1129 de 2005, T-060 de 2006, T-384 de 2006, T-110 de 2007, T-408 de 2007, T-447, de 2007 y T-725 de 2007.

20 Sentencia T-110 de 2007 .

21 Sentencia T-828 de 2005 y T-725 de 2007.

22 Ver por ejemplo la sentencia T-1229 de 2005.

23 Al respecto ver la sentencia T-725 de 2007.