

Sentencia T-265/06

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de medicamentos y tratamientos de alto costo

ACCION DE TUTELA-Es requisito que el tratamiento y los medicamentos estén determinados por el médico tratante/DERECHO A LA SALUD-By Pass Gástrico por obesidad mórbida debe estar determinada por médico tratante para que la EPS tenga obligación de asumirla

Referencia: expediente T-1245313

Acción de tutela instaurada por Nelly Edelmira Rojas de Mayorga contra el Instituto de Seguros Sociales E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., cuatro (4) de abril de dos mil seis (2006).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ALFREDO BELTRÁN SIERRA, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y la Sala Civil del tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, en segunda, dentro del trámite de la acción de tutela iniciada por Nelly Edelmira Rojas de Mayorga contra el Instituto de Seguros Sociales E.P.S (en adelante, ISS).

### I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006), la Señora Rojas, actuando en nombre propio, solicita el amparo de sus derechos constitucionales a la salud y la seguridad social en conexidad con sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad personal, presuntamente vulnerados por la entidad demandada.

La solicitud de amparo se sustenta en los siguientes:

## 1. Hechos.

La accionante, de 54 años de edad, es pensionada de Avianca y está afiliada al ISS E.P.S., en calidad de cotizante, desde el día 1° de enero de 1994, según consta en copia del carné respectivo aportada con la demanda.

A finales de octubre de 2004, la accionante fue hospitalizada de urgencia en la clínica Misael Pastrana donde le diagnosticaron un cuadro clínico de pancreatitis aguda<sup>1</sup> junto con la presencia de cálculos en la vesícula<sup>2</sup>, lo que motivó que la mantuvieran internada en observación y control médico por un periodo de siete (7) días, luego de los cuales fue remitida a la clínica San Pedro Claver para que le practicaran un TAC abdominal y de pélvis. Allí permaneció durante tres días hasta tanto le autorizaron la salida.

Como resultado de los estudios médicos que le fueron realizados durante este evento crítico de enfermedad, le fueron programadas dos cirugías para el día 25 de noviembre del mismo año, pero tan solo quince días después la peticionaria nuevamente tuvo que ser internada de urgencia en la clínica Misael Pastrana, en esta ocasión por un lapso de 17 días, a causa del padecimiento de una Tromboflebitis.

A partir de ésta última valoración médica, a la Señora Rojas le fue calificado desfavorablemente su estado general de salud identificando como su principal patología, causante de otras y factor de riesgo permanente al momento de ser sometida a cualquier intervención quirúrgica, la denominada obesidad mórbida severa<sup>3</sup>. En consecuencia le fue ordenada la práctica del procedimiento invasivo que se conoce como “By Pass Gástrico Laparoscópico”, como única forma efectiva de reducir inmediatamente su masa corporal hasta lograr una aproximación considerable a su peso ideal conforme con su estatura y edad,

que le permita realizarse las demás cirugías que tiene pendientes en relación con sus graves problemas de páncreas y vesícula que sufre.

Finalmente, alega la actora que dicho procedimiento médico no le ha sido autorizado por el Instituto de Seguros Sociales E.P.S. ya que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de salud (en adelante, POS) al que legalmente aquella tiene derecho. Asimismo, agrega que ha sido cotizante al Sistema General de Seguridad Social en salud desde hace ya treinta y tres (33) años y que actualmente carece de los medios económicos necesarios para asumir individual y directamente el costo que implica la operación en cuestión. Concluye su escrito, reiterando la urgencia de su práctica por encontrarse en peligro inminente su vida y su integridad personal.

## 2. Solicitud

La accionante, dentro del presente proceso de tutela, exhorta a la autoridad judicial para que ampare sus derechos fundamentales a la vida digna, la integridad personal, la salud y la seguridad social, ordenando a la empresa demandada o a la entidad que corresponda: i) La autorización y práctica, dentro de un término perentorio, de la intervención quirúrgica llamada “By Pass Gástrico Laparoscópico”, así como de los demás procedimientos médicos que requiera el tratamiento adecuado de su cuadro clínico de obesidad mórbida severa.

## 3. Trámite de instancia.

3.1 Mediante auto de septiembre quince (15) de dos mil cinco (2005), el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Bogotá se declara incompetente para conocer, en primera instancia, de la acción de tutela que se revisa por cuanto la entidad demandada corresponde a una autoridad

pública del orden nacional y departamental; en consecuencia, conforme lo dispone el decreto 1382 de 2000, se dispuso su remisión a la oficina Judicial – Reparto para que verifique las diligencias correspondientes ante los Jueces Civiles del Circuito de la ciudad.

3.2 Surtido el trámite descrito, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá dictó auto admisorio de fecha septiembre veintiuno (21) de dos mil cinco (2005), ordenando oficiar a la entidad demandada para efectos de garantizar su derecho de contradicción y al accionante con el propósito de surtir la presentación personal y el trámite de que trata el artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3.3 En este orden de ideas, aunque por fuera de la oportunidad procesal señalada por el A quo para hacerlo, el Señor Reynaldo Ramírez Restrepo se pronunció sobre los hechos expuestos en la presente acción de tutela, en su condición de representante legal del ISS- Seccional Cundinamarca y Distrito Capital, solicitando que la misma sea negada por improcedente, con base en la tesis central según la cual el costo del servicio solicitado por la peticionaria, prescrito por su médico tratante para la solución de su problema de obesidad mórbida, debe ser asumido por aquella, directamente y en su totalidad, por cuanto se trata de un servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud que las Empresas Promotoras de Salud solo pueden ser obligadas a suministrar excepcionalmente, cuando se cumplan en estricto rigor los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para tal efecto.

Asimismo, alega el demandado que el monto de la mesada pensional de la Señora Rojas es de \$1´366.322, según lo manifestara en ampliación de los hechos de la demanda rendida ante el propio Juez de la causa, sin que acreditara la inexistencia de otro tipo de planes de salud que le permitan obtener la práctica del By Pass Gástrico. De esta manera, se liberó por vía de hecho de la carga procesal de acreditar su falta, total o parcial, de capacidad de pago.

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

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la Señora Rojas (folio 1)
- Fotocopia del resultado del examen de laboratorio denominado "TAC de Abdomen y Pelvis" de fecha julio 5 de 2005 (folio 2)
- Fotocopia del carné de afiliación de la Señora Rojas al ISS E.P.S. en calidad de cotizante (folio 3)
- Fotocopia de orden médica en la que se afirma que la Señora Rojas requiere la práctica de un By Pass Gástrico Laparoscópico para el tratamiento de su problema de obesidad mórbida (folio 4)
- Fotocopia de la historia clínica de la Señora Rojas en la que se da cuenta de sus recientes y reiterados ingresos para atención de urgencias a sus problemas de páncreas, vesícula y obesidad mórbida (folios 5-13 y 52-88)
- Acta de la diligencia de testimonios rendidos por la Señora Rojas y el Señor Hernán Gómez Rivera ante el A quo (folios 20 y 21)
- Impresión de la relación de novedades en el sistema de autoliquidación de aportes de la Señora Rojas donde se verifica el monto de su mesada pensional (folio 24)

## II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

### 1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de octubre cuatro (4) de dos mil cinco (2005) el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá resolvió negar la tutela de los derechos fundamentales de la Señora Rojas, por cuanto no acreditó plenamente ninguno de los cuatro requisitos mínimos exigidos por la jurisprudencia constitucional para inaplicar las normas del POS, así como tampoco demostró haber presentado una solicitud formal al ISS E.P.S. con el propósito de lograr que le fuera autorizado el procedimiento denominado By Pass Gástrico Laparoscópico, menos aún, la existencia de una respuesta negativa al respecto.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## 2. Impugnación

Inconforme con la decisión tomada por Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, la demandante decide impugnarla con base en los siguientes argumentos: i) La práctica del By Pass Gástrico Laparoscópico le resulta necesaria para efectos de realizarse las cirugías que le han sido ordenadas con el propósito de solucionar sus cuadros clínicos de pancreatitis aguda y de cálculos excesivos en la vesícula, sin arriesgar en demasía su vida e integridad personal; y ii) La ausencia de un escrito en el que se solicite al ISS E.P.S. autorizar la realización del procedimiento quirúrgico en mención para efectos de configurar la negación formal del mismo, ha quedado claramente subsanada por la respuesta de la demandada, acogida en los considerandos de la sentencia impugnada, en la que se lee que legalmente no resulta viable la prestación del servicio médico demandado, salvo que su costo total sea asumido en forma directa por la paciente, ya que no está incluido dentro del POS.

## 3. Sentencia de segunda instancia

En fallo de fecha noviembre diez (10) de dos mil cinco (2005), la Sala Civil del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá decidió confirmar, en todas sus partes, la sentencia proferida por el A quo, agregando como argumento central que la prescripción del By Pass Gástrico Laparoscópico a la Señora Rojas no fue realizada por su médico tratante adscrito al ISS E.P.S., sino por galenos vinculados laboralmente a las Instituciones de Salud donde aquella recibió atención de urgencia.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y la Sala Civil del tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, en segunda, dentro del trámite de la acción de tutela iniciada por Nelly Edelmira Rojas de Mayorga contra el Instituto de Seguros Sociales E.P.S., de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en Auto de la Sala de Selección Número Doce (12) de diciembre nueve (9) de dos mil cinco (2005).

#### 2. Problema Jurídico

La presente controversia plantea como interrogante a resolver, a la luz de los postulados constitucionales vigentes, si el ISS E.P.S. está vulnerando o no los derechos constitucionales a la salud y la seguridad social de la accionante en conexidad con sus derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad personal, al negarle el servicio médico

denominado “By Pass Gástrico Laparoscópico”, prescrito por su médico tratante, para el manejo adecuado de su cuadro de obesidad mórbida severa, que reduce significativamente la posibilidad de brindarle un tratamiento eficaz y seguro a sus avanzadas patologías de páncreas y vesícula.

En este sentido se reseñará, a continuación, la línea jurisprudencial establecida por esta Corporación respecto de la protección integral del derecho a la salud en la Constitución Política y después se examinará el caso concreto.

### 3. La protección integral del derecho a la salud en la Constitución Política. Reiteración de Jurisprudencia

3.1. El derecho a la vida humana está establecido desde el propio preámbulo de la Constitución Política como un valor supremo que debe asegurar la organización política, pues tanto las autoridades públicas como los particulares deben propender por garantizar y proteger la vida humana y, mucho más, si prestan el servicio de seguridad social.

Asimismo, en los artículos 11 y 13 Superiores, se establece el derecho a la vida como inviolable y se consagra como deber del Estado protegerlo, en especial, el de aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y en el mismo sentido, ordena sancionar los abusos y maltratos que contra ellos se cometan.

En armonía con lo expresado, el artículo 48 de la Carta proclama que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establece la ley, y el artículo 365 ibídem señala que los servicios públicos son inherentes a la

finalidad social del Estado que tiene el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Esta Corporación en diferentes providencias,<sup>4</sup> ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral de “existencia digna” conforme con lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece que la República se funda “en el respeto de la dignidad humana.”

Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación<sup>5</sup> ha sido reiterativa al afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de ciertas anomalías -aun cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal. Resulta válido pensar que el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias y buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad.<sup>6</sup>

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

A su vez, el literal c) del artículo 156 ibídem señala que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.”

3.2. Ahora bien, la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida, tantas veces pregonada por esta Corte, debe enmarcarse dentro del contexto de dignidad humana que irradia todo el ordenamiento constitucional, por lo cual los riesgos contra la vida no pueden

entenderse exclusivamente en un estricto sentido formal. La jurisprudencia constitucional sobre este aspecto ha determinado que el concepto de vida no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela únicamente en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende, entonces, es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”<sup>7</sup>, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”<sup>8</sup>, en la medida en que ello sea posible<sup>9</sup>.

En este sentido, la vida en condiciones dignas hace alusión a que el individuo considerado en su persona misma pueda desarrollarse como ser autónomo y libre, con la suficiente idoneidad para desempeñar una función productiva dentro de la sociedad, pero el padecimiento de alguna enfermedad no conlleva necesariamente la muerte sino que puede menoscabar sus aptitudes limitando la existencia misma del ser humano. No debe esperarse a que la vida esté en inminente peligro para garantizar el servicio o acceder al amparo, sino procurar que la persona pueda actuar normalmente en su entorno social.

En consecuencia, la Corte ha señalado que la tutela puede prosperar no sólo cuando se trate de circunstancias que traigan como consecuencia la muerte misma o el menoscabo en alguna función orgánica vital, sino ante situaciones menos graves que puedan llegar a comprometer la calidad de vida de la personas. Al respecto, ha considerado:

“El derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución -preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y

desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.” 10

3.3. Ahora bien, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través del Plan Obligatorio de Salud ha establecido cuáles son los servicios de salud que deben prestar las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.) a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud por el Régimen Contributivo<sup>11</sup>.

Así, en tanto existen unos servicios a prestar, existen igualmente unas exclusiones y limitaciones en la prestación de servicios médicos, las cuales por lo general corresponden a “las actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”<sup>12</sup>.

Sin embargo, vista la supremacía de la Constitución respecto de las demás fuentes formales del Derecho, se ha procedido excepcionalmente a la inaplicación de la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido por el particular, para ordenar que el mismo sea suministrado y evitar de ese modo que una reglamentación de orden legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.

En tales eventos, es preciso verificar que la exclusión del medicamento o tratamiento, por la reglamentación legal o administrativa, efectivamente amenace o vulnere los derechos

constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado<sup>13</sup>, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el costo de los mismos, cuando no se cumple esa condición<sup>14</sup>.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional<sup>15</sup> ha considerado también que se violan los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de quien necesita el tratamiento no incluido en el POS, cuando 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 tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se está solicitando el tratamiento; y iv) el interesado no puede costear directamente 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 <sup>16</sup>.

Con estos elementos de juicio, entra la Sala a examinar la situación específica de la peticionaria.

#### 4. El caso concreto

Corresponde a esta Corte decidir el presente caso sobre prestaciones asistenciales en materia de salud en el que la accionante acude ante la jurisdicción constitucional en procura de lograr que le sea autorizado y practicado el servicio médico denominado “By Pass Gástrico Laparoscópico” que, conforme con la reglamentación derivada de la ley 100 de 1993, está excluido del Plan Obligatorio de Salud.

Dicho procedimiento quirúrgico está orientado a superar el cuadro clínico de “obesidad

mórbida severa” que padece la Señora Rojas, con lo cual se verían considerablemente aumentadas sus posibilidades de ser sometida exitosamente a las cirugías que le fueron programadas con el objetivo de curar efectivamente la pancreatitis aguda y la presencia masiva de cálculos en la vesícula que recientemente se le diagnosticaron con motivo de la reiterada atención médica de urgencia que debió proporcionársele.

Para este objeto, entonces, es menester verificar si están dados o no los presupuestos establecidos por la jurisprudencia atrás reseñada

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En este orden de ideas, respecto al primer requisito, reposa en el expediente una parte importante de la historia clínica de la peticionaria (folios 5-13 y 52-88) en la que se da cuenta de la gravedad de sus patologías digestivas, por las cuales tuvo que recibir reiterada y prolongada atención médica de urgencia en la que se le clasificó predominantemente como una paciente con alto riesgo de mortalidad determinado por su deteriorado estado general de salud y caracterizado por la presencia de vómito persistente, intenso dolor abdominal, fiebre, palpitacones, dificultad respiratoria, y desequilibrios químico sanguíneos, entre otros síntomas.

Asimismo, a folio 2, se encuentra el resultado del TAC abdominal y de pelvis que le fuera practicado a la demandante en julio 8 de 2005, que detectó la existencia de una masa quística de 10 x 4 x 3 centímetros en región de páncreas arrojando, como principal diagnóstico diferencial, la identificación y ubicación de un pseudoquiste pancreático. Al respecto, resulta oportuno mencionar que:

“La pancreatitis es un cuadro grave, que puede complicarse rápidamente, y sin tratamiento puede llegar a causar la muerte de la persona afectada en unos días. La muerte precoz

puede deberse a shock (bajada de tensión persistente que puede dañar el riñón y el corazón), insuficiencia renal (incapacidad del riñón para fabricar orina), o insuficiencia respiratoria.

Después de la primera semana, aún existen posibilidades de complicación muy importantes, como la infección del tejido pancreático muerto, o el llamado pseudoquiste pancreático: colección de líquido pancreático rico en enzimas, separada de los órganos circundantes por una cápsula fibrosa, que a su vez puede romperse y/o infectarse.”<sup>17</sup>

De acuerdo con el anterior concepto, los médicos que le han brindado atención profesional a la Señora Rojas, le ordenaron la práctica de la cirugía denominada By Pass Gástrico Laparoscópico como único medio eficaz para lograr una disminución rápida y significativa de su masa corporal y así estar en condiciones de brindarle el tratamiento que requieren sus graves patologías de páncreas y vesícula, sin exponer en un alto riesgo su vida ante la práctica de los procedimientos quirúrgicos pertinentes para tal efecto.

En contraste con lo anterior, la parte demandada omitió pronunciarse sobre este aspecto central del caso siendo destacado que, en momento alguno, alegara la existencia de otro procedimiento o servicio médico, incluido en el Plan Obligatorio de Salud, que reuniera las características necesarias para reemplazar efectivamente la cirugía mencionada en el tratamiento de la obesidad mórbida severa en cuestión, circunstancia que conduce forzosamente a otorgar certeza jurídica al contenido de las declaraciones y las pruebas documentales aportadas por la accionante, y , en esa medida, se considera satisfecho también el segundo requisito jurisprudencial bajo análisis.

Por su parte, en relación con el tercer presupuesto, esto es, que el servicio solicitado haya sido prescrito por el médico tratante adscrito a la E.P.S. correspondiente, resulta llamativo que el Juez de segunda instancia cuestione y niegue dicha condición a los profesionales de la

salud que han valorado, diagnosticado y prescrito medicamentos, exámenes y hasta cirugías a la Señora Rojas por sus enfermedades digestivas, en el contexto de la atención intra y extra hospitalaria que ha recibido con motivo de ellas y con base en su calidad de afiliada cotizante al ISS E.P.S.

Más aún, el representante legal de esta entidad, en su escrito de contestación de la acción de tutela, no expuso argumentos para su defensa en ese sentido así como tampoco aportó pruebas, siquiera sumarias, que acrediten u otorguen algún grado de certeza a tal conclusión. Por consiguiente, atendiendo únicamente a los elementos de juicio que aporta el material probatorio que, obra en el expediente, esta Sala verifica que, en el caso que se revisa, está cumplida también la condición bajo estudio.

Ahora, en cuanto al cuarto y último requisito enunciado se debe aclarar que cuando la demandante afirma que carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo del procedimiento que solicita, plantea lo que jurídicamente se denomina una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la cual no fue desvirtuada en el trámite de este proceso. En consecuencia, esta Sala de Revisión asume que, en efecto, la Señora Rojas carece de los recursos necesarios para cancelar directamente el valor del mismo, tal como se ha reiterado y aplicado en situaciones similares<sup>18</sup>:

“(…) la prueba de la incapacidad no es taxativa y puede darse bajo la modalidad de declaración indefinida, pues de lo contrario tal prueba podría convertirse en muchos casos, en una resurrección de la prueba diabólica, negándole así el acceso a los interesados.”<sup>19</sup>

Asimismo es procedente recordar que, dentro de la línea jurisprudencial trazada por esta Corte sobre el tema de la ausencia de capacidad de pago en materia de salud, se ha reiterado que la carga probatoria de la capacidad económica recae sobre la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obra la manifestación formulada en ese sentido por el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos<sup>20</sup>. Lo anterior, se sustenta en que las EPS o ARS tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, que les otorga aptitud plena para controvertir fundadamente las aseveraciones referentes a la incapacidad económica de sus cotizantes, de manera que su pasividad e inactividad frente a ellas conlleva que judicialmente sean tenidas como prueba suficiente<sup>21</sup>.

Finalmente, respecto a la consideración esgrimida por el ISS - E.P.S., en su escrito de defensa, y acogida por los Jueces de instancia, en sus sentencias, según la cual es necesario e ineludible para la interesada someter a consideración del Comité Técnico Científico la posibilidad de autorizar el suministro de medicamentos, tratamientos o procedimientos no incluidos en el POS, debe manifestar esta Corte que dicho trámite no tiene carácter preferente sobre la acción de tutela ni constituye un requisito sine qua non para su procedibilidad ni para su prosperidad. Por tanto, no es de recibo citar su falta de agotamiento como sustento para denegar el amparo solicitado que, valga decirlo, es de orden constitucional, diferente al mecanismo contemplado en los artículos 4 y 6 de la resolución 3797 de 2004 del Ministerio de la Protección Social (en concordancia con el acuerdo 228 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social) que es de orden reglamentario.

Así las cosas, a continuación esta Sala revocará la sentencia proferida, en segunda instancia, por la Sala Civil del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, la salud y la seguridad social de la peticionaria. Para tal propósito, se ordenará al ISS E.P.S. que autorice y practique a la Señora Rojas el servicio médico denominado “By Pass Gástrico Laparoscópico” así como el tratamiento integral que requiera la atención y control de su cuadro clínico de obesidad mórbida severa.

#### IV. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia de fecha noviembre 10 de 2005, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, en segunda instancia, dentro del trámite de la acción de tutela iniciada por la Señora Nelly Edelmira Rojas de Mayorga en contra del Instituto de Seguros Sociales (ISS) E.P.S. y, en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la salud y la seguridad social de la peticionaria.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR al ISS E.P.S. que, en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice y gestione la práctica del procedimiento médico denominado “By Pass Gástrico Laparoscópico” a la Señora Nelly Edelmira Rojas de Mayorga para el tratamiento de su obesidad mórbida severa, el cual debe ser practicado dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones de su médico tratante.

De igual manera ORDENAR al ISS E.P.S. que suministre todos los medicamentos y practique

todos los procedimientos, controles y evaluaciones médicas que requiera la Señora Rojas para el pleno restablecimiento de su salud, de conformidad con lo que disponga su médico tratante.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Tercero. ADVERTIR al ISS E.P.S. que podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, para el pago de todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo siempre que no esté cubierto por el Plan Obligatorio de Salud.

Cuarto. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Según el Manual de Patologías quirúrgicas de la Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Pancreatitis Aguda (P.A.) es una enfermedad del páncreas que compromete diversos grados de inflamación aguda hasta la necrosis glandular y periglandular de magnitud variable, que se asocia a diferentes etiologías. Su curso clínico comprende cuadros de evolución benigna de tratamiento esencialmente médico, hasta enfermedades muy graves con complicaciones importantes, algunas de las cuales son de manejo quirúrgico. Desde el punto de vista anatomopatológico y macroscópico existen 2 formas de P.A.: una forma edematosa de curso clínico en general favorable y otra forma necrohemorrágica que suele cursar con complicaciones y de evolución en general más grave. Ver más en:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2 Según el especialista internacional en cirugía general y del aparato digestivo, dr. Osé María Romero Martínez, los cálculos biliares son piedras formadas en la vesícula por la

sedimentación de los componentes de la bilis (colesterol, sales biliares y calcio). Su tamaño como su consistencia son variables y su presencia está relacionada generalmente con problemas de obesidad y altos niveles de colesterol o grasa en la sangre. Ver más en: <http://www.netdoctor.es/html/000018.html>

3 Según el servicio de información médica de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU y de los Institutos Nacionales de la Salud ([www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish](http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish)) se entiende como obesidad mórbida a aquellos pacientes que están desde un 50 a 100% ó 45 kg (100 libras) por encima de su peso corporal ideal. Por otro lado, un valor mayor a 39 en el índice de masa corporal se puede utilizar para diagnosticar este tipo de obesidad.

4 Ver, entre otras, las sentencias T-377 y T-084 de 2005, T- 1227, T-926, T-062, T-232, T-359 de 2004, M.P Alvaro Tafur Galvis y T-190,T-274, T-706 de 2004, M.P Jaime Araujo Rentería.

5 Ver, sentencia T- 949 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

6 Ver, sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada posteriormente en la sentencia T-722 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 Ver, sentencia T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Sentencia T-494 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

9 Sentencia T-395 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

10 Sentencia T-926 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

11 Ver, sentencia T-1120 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

12 Artículo 86 del Decreto 806 de 1998.

13 Ver, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Ver, sentencia T-757/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

15 Ver, sentencia T-1204/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

16 Ver, entre otras, las sentencias T-1276/01, T-141/05 y T-510/05

17 Cfr. <http://www.tuotromedico.com/temas/pancreatitis.htm>

18 Ver, sentencia T-946/05, M.P. Jaime Araújo Rentería.

19 Sentencia T - 819 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

20 Ver, entre otras, las sentencias T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-906 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-861 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-699 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-447 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-279 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-113 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería

21 Ver, entre otras, las sentencias T-861 de 2002 y T-260 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.