

T-322-18

Sentencia T-322/18

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Naturaleza y alcance

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD-Accesibilidad económica, disponibilidad, aceptabilidad y calidad

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios que se encuentran excluidos

Este Tribunal ha insistido en que la interrupción o negación de la prestación del servicio de salud por parte de una EPS como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e impertinentes, no puede trasladarse a los pacientes o usuarios, pues dicha circunstancia desconoce sus derechos, bajo el entendido de que puede poner en riesgo su condición física, psicológica e incluso podría afectar su vida.

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Orden a EPS autorizar la realización de procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia

Referencia: Expediente T-6.706.028

Acción de tutela formulada por Leidy Viviana Claro Carrillo contra la EPS Medimás, la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- y el Hospital Departamental de Villavicencio.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, 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 presente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo del 11 de diciembre de 2017 dictado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacías dentro de la acción de tutela promovida por la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo, en contra de la EPS Medimás, la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- y el Hospital Departamental de Villavicencio.

El proceso de la referencia fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, mediante auto del 27 de abril de 2018[1]. Como criterio de selección se enunció la urgencia de proteger un derecho fundamental (criterio subjetivo).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo formuló acción de tutela en contra de la EPS Medimás, la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- y el Hospital Departamental de Villavicencio por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana. Pasan a reseñarse los aspectos primordiales de su solicitud:

1. Hechos

1.1. La accionante es una mujer de 27 años de edad domiciliada en el municipio de Acacías -Meta- que afirma encontrarse afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen subsidiado, en la EPS Medimás.

1.2. En el año 2017, le fue diagnosticada a la demandante la patología de obesidad mórbida. Los factores que tuvo en cuenta su médica tratante de la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José-, para arribar a esa conclusión se basan, especialmente, en que su peso de 147 kilogramos es más del doble del que debería poseer por su edad y estatura, es decir, 66 kilogramos.

1.3. De acuerdo con el anterior dictamen, la galena tratante consideró, al tener en cuenta otras valoraciones médicas[2], que a la actora se le debía practicar, de manera urgente, un procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia[3].

1.4. La recurrente se sometió a algunas valoraciones médicas en especialidades tales como psiquiatría, nutrición, anestesiología, entre otras, las que arrojaron que se encontraba en condiciones óptimas para que se llevara a cabo el procedimiento médico aludido[4].

2. Medida Provisional

Como medida transitoria la ciudadana solicitó que el juez constitucional ordenara a la EPS Medimás que, en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, le fuese autorizado y programado el procedimiento médico de cirugía bariátrica de Bypass por Laparoscopia, así como los demás servicios médicos que requiriera luego de llevarse a cabo la cirugía.

3. Sustento de la solicitud

La accionante acompañó el escrito introductorio de los siguientes documentos:

§ Fotocopia de su cédula de ciudadanía donde se observa que cuenta con 28 años de edad[6].

§ Copia de la valoración médica de 17 de agosto de 2017 realizada por la doctora Adriana Córdoba Chamorro, de la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José-, por medio de la que se determinó la urgencia para que se llevara a cabo una Cirugía Bariátrica[7] a la accionante.

§ Copia de la autorización de servicios número 186166190 de la EPS Medimás, a través de la que se autorizó a la demandante, el 18 de agosto de 2017, que asistiera a consulta médica por la especialidad de nutrición[8].

§ Copia del informe del electro cardiograma transtorácico que le fue practicado a la ciudadana el 25 de agosto de 2017, que trae como conclusión que su “corazón se encuentra estructural y funcionalmente normal”[9].

§ Copia del resultado de la ecografía de abdomen total llevada a cabo a la solicitante el 11 de septiembre de 2017, en el que se describe: “Hígado: de forma, tamaño y contornos conservadores, aumento difuso de la ecogenicidad compatible con esteatosis, dificultando la visualización de las vasculaturas subyacentes (...). Opinión: Esteatosis Hepática Moderada-Severa”[10].

§ Copia de la fórmula médica proferida por un especialista en psiquiatría del Hospital Departamental de Villavicencio el 15 de septiembre de 2017, en la que prescribe a la actora un medicamento denominado Sertralina debido a su trastorno de ansiedad[11].

§ Copia del informe de la consulta realizada el 4 de octubre de 2017 por la especialidad de Endocrinología, en la que, al examinar a la demandante, se detalló: “Paciente con obesidad mórbida, con un peso actual de 147 kg. Ingresa para trámite de realización de cirugía bariátrica”[12].

§ Copia del dictamen de consulta por la especialidad de anestesia, que da cuenta de que la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- el 12 de octubre de 2017, al evaluar las condiciones médicas de la paciente, concluyó que se autorizaba el procedimiento de cirugía bariátrica[13].

§ Copia de la forma de 12 de octubre de 2017 en la que la demandante suscribe el consentimiento informado preanestésico, para que se efectúe el procedimiento de cirugía bariátrica de Bypass por Laparoscopia con la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José-[14].

§ Copia de la valoración médica de 26 de octubre de 2017 realizada por la doctora Adriana Córdoba Chamorro, en la que se determinó, de nuevo, la urgencia de que se llevara a cabo la Cirugía Bariátrica a la paciente[15].

4. Traslado y contestación de la acción de tutela

(i) Mediante auto del 28 de noviembre de 2017[16], el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacías requirió a la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo para que en el término de dos (2) días especificara cuáles eran las pretensiones de la solicitud de amparo.

En contestación al anterior requerimiento, la accionante, mediante escrito de 28 de noviembre de 2017, aclara que su petición consiste en que se expidan las autorizaciones por parte de la EPS Medimás para que se le pueda realizar el procedimiento de cirugía bariátrica de Bypass por Laparoscopia. Adicionalmente, afirma que la EPS le informó que debía viajar nuevamente a Bogotá a efectos de diligenciar un nuevo formato de autorización, cuestión que considera se constituye en una carga administrativa

desproporcionada que no tiene la posibilidad de satisfacer, pues ello le comporta gastos muy elevados, los cuales afirma no tener la capacidad económica de asumir[17].

(ii) El 29 de noviembre de 2017, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacías resolvió admitir a trámite la acción de tutela; dispuso poner en conocimiento de la EPS Medimás la solicitud de amparo; decretó oficiosamente la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), de la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- y del Hospital Departamental de Villavicencio; y decidió abstenerse de dar trámite al poder presentado por la accionante a favor de la ciudadana Zuley Bibiana Rojas Velásquez, por cuanto, manifiesta, carecía del derecho de postulación[18].

Integrado el contradictorio, las accionadas se pronunciaron en los siguientes términos:

4.1. Hospital Departamental de Villavicencio.

Por oficio radicado el 05 de diciembre de 2017, el Hospital Departamental de Villavicencio afirmó que ha atendido a la demandante cada vez que lo ha requerido. Por otra parte asegura que quien debe garantizar todos los tratamientos que requiera la ciudadana, debido a su patología, es la EPS Medimás, entidad a la que se encuentra afiliada la actora; por ende, solicita su desvinculación como parte pasiva dentro del proceso de la referencia[19].

4.2. Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José-.

Mediante escrito radicado el 14 de diciembre de 2017, esto es, de manera extemporanea, la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- advirtió que es una entidad privada sin ánimo de lucro, que obtiene sus recursos, principalmente, de los convenios que suscribe con las distintas entidades prestadoras de salud (EPS) como el caso de Medimás.

En el caso de la accionante, argumenta, que ha recibido todos los tratamientos y valoraciones médicas que ha demandado debido a su patología diagnosticada; pero, afirma, es labor de la EPS Medimás, y no del Hospital San José, otorgar las autorizaciones administrativas a que haya lugar para que se efectúe el procedimiento quirúrgico que urgentemente se le dictaminó a la ciudadana.

En consecuencia, pidió ser desvinculada del trámite de tutela[20].

4.3. Tanto la EPS Medimás como la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud no allegaron respuesta en relación con el requerimiento realizado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacías.

5. Fallo de tutela

Mediante sentencia del 11 de diciembre de 2017, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacías resolvió declarar improcedente el amparo iusfundamental requerido.

El a quo fundó la anterior determinación en que, a su juicio, si bien la solicitante sufría de obesidad mórbida y había cumplido con buena parte de los requisitos que la EPS Medimás le había obligado a seguir para que se le efectuara el procedimiento de cirugía bariátrica de Bypass por Laparoscopia; también era notorio que, tal y como lo expresó en su escrito del 28 de noviembre de 2017, le faltaba por satisfacer algunos “protocolos” administrativos propios de la entidad, los que no podían obviarse de manera caprichosa, esto es, llenar en Bogotá el formulario de autorización correspondiente.

Añadió que era indispensable que la accionante cumpliera con todos los requerimientos que le hiciera la EPS Medimás para que se autorizara el procedimiento médico demandado, pues esas formalidades se habían consagrado como una forma de controlar las solicitudes que realizan los pacientes en cuanto a los servicios médicos demandados.

6. Actuaciones en sede de revisión

6.1. A través de auto del 23 de mayo de 2018, con el fin de obtener los elementos de juicio necesarios para proferir sentencia, el magistrado sustanciador ofició a la médica tratante de la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José-, doctora Adriana Córdoba Chamorro, para que informara si (i) la demandante recibió los tratamientos y procedimientos médicos que requiere para el tratamiento de su patología y (ii) si este padecimiento pone en peligro su vida, de conformidad con los parámetros fijados sobre el particular por la Organización Mundial de la Salud[21].

De igual manera, se dispuso oficiar a la EPS Medimás para que informara si había efectuado la valoración clínica, por parte de sus médicos especialistas, del dictamen realizado por la

doctora Adriana Córdoba Chamorro en relación con la patología diagnosticada a la accionante y las consecuencias adversas para su salud.

6.2. En virtud de lo anterior, la doctora Adriana Córdoba Chamorro de la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- ofreció la siguiente contestación el 30 de mayo del presente año[22], la que se transcribe literalmente:

“Según la historia clínica dos meses antes de su consulta ingresó a una fundación para la obesidad en el Municipio de Acacías. Desde entonces ha modificado sus hábitos alimenticios. No conozco acerca de otros tratamientos (sic).

La obesidad es una enfermedad y en el nivel que ha alcanzado esta paciente (sic), que tiene un índice de masa corporal de 56 (sic) lo que la cataloga como súper obesa (sic). En este grado de obesidad que ha alcanzado (sic) si se aumenta el riesgo de padecer enfermedades asociadas, entre las que se encuentran la diabetes, hipertensión arterial, alteraciones en las articulaciones, entre otras, las cuales afectan su calidad de vida e, incluso, pueden disminuir su expectativa de vida”.

Por otra parte, la EPS Medimás decidió guardar silencio frente al requerimiento realizado.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer del fallo proferido dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

En el asunto bajo estudio, la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo reclama la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, en vista de que la EPS Medimás no ha autorizado el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia, pese a que su médico tratante de la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital

San José- lo ordenó, habida cuenta de que padece una patología diagnosticada como obesidad mórbida.

La accionante reprocha el hecho de que a pesar de que existe orden proferida por el médico tratante, su EPS se haya abstenido de autorizarle el tratamiento requerido y que, en adición a ello, tal y como lo esgrimió en su escrito del 28 de noviembre de 2017, Medimás EPS le haya impuesto requisitos adicionales para poder efectuar la cirugía bariátrica mencionada, como tener que desplazarse a la ciudad de Bogotá a diligenciar algunos formatos de autorizaciones adicionales.

Por consiguiente, solicita que se ordene a la EPS Medimás que genere las autorizaciones pertinentes y necesarias, sin ninguna dilación, para que se lleve a cabo el procedimiento médico a que se alude, el que, según su médica tratante, requiere con urgencia.

Dentro del trámite de tutela, algunos de los demandados manifestaron su oposición a la prosperidad de la tutela, solicitaron su desvinculación, al paso que otros guardaron silencio.

La sentencia del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacías fue adversa a los intereses de la promotora de la acción.

3. Problemas jurídicos a resolver

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala de Revisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

3.1. ¿La EPS Medimás vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana de la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo, al no autorizar el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia, pese a que su médica tratante de la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- lo ordenó?

De acuerdo con este interrogante, se debería cuestionar en relación con la cirugía bariátrica ordenada lo siguiente:

3.2. ¿Cuáles requisitos se deben satisfacer para que el juez constitucional autorice el

cubrimiento de un servicio o tecnología en el sistema de salud, una vez constate que la prestación no se encuentra incluida ni excluida del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación[23]?

3.3. ¿La carga administrativa impuesta por la EPS Medimás a la demandante para llevar a cabo el procedimiento médico en mención, esto es, desplazarse a la ciudad de Bogotá a suscribir unos formatos de autorización, resulta desproporcionada?

Para dar respuesta a estos interrogantes, la Sala de Revisión procederá a efectuar el estudio de los siguientes ejes temáticos: i) el derecho fundamental a la salud; ii) el cubrimiento de las prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud; (iii) la prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio de salud; y, finalmente, se abordará el iv) caso concreto.

i) Derecho fundamental a la salud –Reiteración de jurisprudencia–

La salud es un derecho humano esencial e imprescindible para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano, entonces, debe tener la garantía al disfrute del más alto nivel posible de salud que le posibilite vivir dignamente.

Dentro del marco de regulación internacional es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) respecto del alcance del derecho a la salud, por cuanto el aludido pacto hace parte del bloque de constitucionalidad. De manera textual, dicho instrumento internacional prescribe que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

En ese mismo sentido, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales instituye, en su artículo 10, lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”

Ahora bien, en relación con el ordenamiento jurídico interno, el artículo 49 de la Constitución consagra que la atención en salud es una responsabilidad a cargo del Estado, en cuanto a su organización, dirección y reglamentación[24]. En tal sentido, la prestación de los servicios de salud se debe realizar de conformidad con principios de la administración pública tales como la eficiencia, la universalidad y la solidaridad[25]. Es por ello, que en los términos del artículo 4° de la Ley 1751 de 2015 el sistema de salud es definido como“(…) el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía

y materialización del derecho fundamental de la salud”[26].

En cuanto a su connotación como derecho, la salud ha tenido una sistemática evolución jurisprudencial. En un primer momento se interpretó como un derecho de desarrollo progresivo, que era amparable por vía de acción de tutela cuando quiera que el mismo estuviese en conexidad con el derecho a la vida y otros derechos como la dignidad humana. Posteriormente, en el desarrollo jurisprudencial de las decisiones de la Corte, se explicó que la fundamentalidad de un derecho no podía subordinarse a la manera en que éste se materializara. Por ello, la jurisprudencia constitucional dio el reconocimiento a la salud como un derecho fundamental *per se*[27], que podría ser protegido a través de la acción de tutela ante su simple amenaza o vulneración, sin que tuviese que verse comprometida la vida u otros derechos para su amparo.

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015[28], el Legislador materializa en un compendio normativo la interpretación jurisprudencial del derecho fundamental a la salud. Es así como su artículo 2° describe aspectos que ya habían sido analizados con los pronunciamientos de esta Corporación, tales como que la prestación de los servicios de salud estaría a cargo del Estado o de particulares autorizados para tal efecto y que la supervisión, organización, regulación, coordinación y control del servicio sería ejercida por entidades Estatales.

El derecho fundamental a la salud, que tiene un contenido cambiante debido a su propio desarrollo, exige del Estado una labor de permanente actualización, ampliación y modernización en su cobertura, lo cual se confirmó con la expedición de la Ley 1715 de 2015. Para concretar esos objetivos es fundamental que se garantice que los elementos esenciales del derecho a la salud, como son (i) la disponibilidad, (ii) la aceptabilidad, (iii) la accesibilidad y (iv) la calidad e idoneidad profesional[29], estén interconectados y que su presencia sea concomitante, pues la sola afectación de cualquiera de estos elementos es suficiente para comprometer el cumplimiento de los otros y afectar la protección del derecho a la salud[30].

Con lo descrito, se puede concluir que la salud “es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos”[31], el que no puede ser entendido como la garantía de unas mínimas condiciones biológicas que aseguren la existencia humana[32]. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto

amplio de factores, como la recreación y la actividad física, que influyen sobre las condiciones de vida de cada persona, y que pueden incidir en la posibilidad de llevar al más alto nivel de satisfacción el buen vivir[33]. Por tal motivo, la protección y garantía del derecho a la salud impacta sobre otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la dignidad humana y la vida.

ii) Acceso a medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud

La ley estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015, recoge, en buena medida, los argumentos planteados en la sentencia T-760 de 2008. Así, a modo de síntesis, el artículo 2° reitera el carácter fundamental del derecho a la salud, al indicar que este es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo, tal como lo describió dicha jurisprudencia.

En ese sentido, tanto la sugerida sentencia como la Ley Estatutaria estipulan que en lo que tiene que ver con la integralidad del servicio de salud, este no puede fragmentarse, por cuanto la responsabilidad en la prestación de ese servicio implica beneficiar, en todo momento, la salud del paciente:

“Artículo 8º. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (...)”

De igual manera, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 advierte que si bien es deber del Estado garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos a través de la prestación de servicios y tecnologías de carácter médico, dicha obligación encuentra una excepción en los eventos en los que el procedimiento solicitado se encuentra enmarcado en alguna de las siguientes causales:

“(...) a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica.
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica.
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente.
- e) Que se encuentren en fase de experimentación.
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad. (...)” (resalto de la Sala).

De la lectura de la anterior norma se puede inferir, igualmente, que el Ministerio de Salud y la Protección Social es la entidad que debe definir, explícitamente, cuáles servicios o tecnologías deben ser excluidos de Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación; por lo que podría interpretarse que los servicios que no se encuentren específicamente excluidos, se entenderán cubiertos por el aludido Plan. Así lo sostuvo esta Corporación en la Sentencia C-313 de 2014 al estudiar la constitucionalidad de la Ley estatutaria del derecho fundamental a la Salud:

“(…) Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la

Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas.” (resalto fuera de original).

En ese sentido, el Ministerio de Salud y de la Protección Social profirió la Resolución 5267 de 2017, en la cual adoptó un listado de servicios y tecnologías que serían expresamente excluidas del Plan de Beneficios en Salud, descartando así una serie de procedimientos y prestaciones médicas de la posibilidad de que sean sufragadas por recursos provenientes de la UPC.

No obstante lo anterior, el citado Ministerio por intermedio de la Resolución 5269 del mismo año, determinó una serie de servicios y tecnologías que quedaban incluidas dentro del Plan de Beneficios en Salud.

En ese sentido, el Ministerio en cuestión creó un sistema de salud híbrido que contempla tanto inclusiones como exclusiones, y el cual, evidentemente, no tuvo en consideración que no todos los procedimientos o prestaciones médicas quedaron vinculados en uno de tales listados; ello, trajo como desenlace que buena parte de estos insumos, prestaciones y servicios médicos no contaran con una reglamentación explícita en relación con el acceso a los mismos por parte de los pacientes.

“1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.

3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.

4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.”

Cada uno de los anteriores presupuestos ha sido abordado progresivamente por esta

Corporación a través de su copiosa jurisprudencia, al dotar a tales reglas de mayor rigurosidad[35].

En relación con el primer presupuesto, (i) la medida para determinar en qué grado la falta del servicio solicitado es necesaria, se debe basar en la búsqueda por mantener unas condiciones de vida dignas al paciente.

El segundo requisito se basa en que (ii) la prestación que reclame el ciudadano cuente con un respaldo científico en lo que a efectividad y calidad se refiere y que esta no pueda suplirse por un medicamento, insumo o procedimiento que sí esté en el Plan de Beneficios y que sirva para el mismo fin.

La tercera de las exigencias consiste en que, en principio, (iii) es el médico tratante adscrito a la EPS la autoridad con el conocimiento suficiente para establecer cuáles son los tratamientos que requiere el afectado para superar su enfermedad. Empero, al existir el concepto de un médico no adscrito que ratifica la conveniencia de los medicamentos, insumos o servicios reclamados por vía de tutela, tal dictamen sólo puede ser desvirtuado, exclusivamente, con fundamento en motivos científicos[36].

Para finalizar, en lo que concierne al cuarto presupuesto, (iv) la jurisprudencia ha establecido que el Estado, a través de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud -ADRES-, está llamado a cubrir exclusivamente aquellas prestaciones cuyo destinatario no está en capacidad de solventarlas. En este ámbito, la situación económica del solicitante debe evaluarse con fundamento en criterios de racionalidad y proporcionalidad. Si como resultado de dicho análisis se concluye que el interesado o sus familiares cuentan con los recursos necesarios para pagar el medicamento, elemento o procedimiento solicitado, entonces les corresponderá asumir dicho costo. Por el contrario, si el paciente o sus parientes no poseen los medios para sufragar tales conceptos, el Estado podrá ser el llamado a afrontar dicha carga[37].

Las pautas anteriormente descritas han sido empleadas por este Tribunal en la valoración de múltiples controversias atinentes al acceso de diferentes medicamentos, tratamientos, procedimientos e insumos excluidos del POS; verbigracia en cuestiones tales como el acceso a servicios de enfermera en el domicilio del paciente[38], cuidadores en sujetos de especial protección constitucional[39] y transporte para usuarios del sistema de salud[40].

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016[41] estableció el procedimiento para que, cuando se ordenaran servicios no incluidos en el antiguo POS, ahora Plan de Beneficios en Salud, fuera posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, a la entidad territorial correspondiente[42].

De tal manera, es pertinente que para aquellos servicios y tecnologías que no se encuentran excluidos de Plan de Beneficios en Salud[43], pero tampoco incluidos en el mismo[44], es decir, que “se encuentran en un limbo jurídico”[45]; el juez constitucional constate que se cumplen con los criterios fijados por la Sentencia T-760 de 2008 para que, de tal manera, se pueda autorizar un servicio, insumo o tratamiento no incluido dentro del aludido Plan.

iii) Prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio de salud

La prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En tal sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan de la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los afiliados, porque se dificulta su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y caprichoso de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados[46].

Para la Sala, la exigencia de barreras administrativas desproporcionadas a los usuarios, tales como largos desplazamientos de su lugar de residencia al centro médico[47] y el sometimiento a trámites administrativos excesivos[48]; desconoce los principios que guían la prestación del servicio a la salud debido a que:

Esta Corte ha reconocido los efectos perjudiciales y contraproducentes, para el ejercicio del derecho fundamental a la salud de los pacientes, causados por las barreras administrativas injustificadas y desproporcionadas implantadas por las EPS a los usuarios, los que se sintetizan de la siguiente manera[50]:

- i) Prolongación injustificada del sufrimiento, debido a la angustia emocional que genera en las personas sobrellevar una espera prolongada para ser atendidas y recibir tratamiento;
- ii) Posibles complicaciones médicas del estado de salud de los pacientes por la ausencia de atención oportuna y efectiva;
- iii) Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente debido a que puede haber transcurrido un largo periodo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y el instante en que recibe la atención requerida;
- iv) Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o su negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido.

Este Tribunal ha insistido en que la interrupción o negación de la prestación del servicio de salud por parte de una EPS como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e impertinentes, no puede trasladarse a los pacientes o usuarios, pues dicha circunstancia desconoce sus derechos, bajo el entendido de que puede poner en riesgo su condición física, sicológica e incluso podría afectar su vida[51].

iv) Caso concreto

1. Recuento fáctico

Corresponde a la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional resolver la situación jurídica de la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo, toda vez que, según sus afirmaciones, la EPS Medimás no ha autorizado el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia, pese a que su médica tratante doctora Adriana Córdoba Chamorro, de la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José-, lo ordenó, habida cuenta de que padece una patología diagnosticada como obesidad mórbida.

En consecuencia, solicita que se ordene a la EPS Medimás que emita las autorizaciones pertinentes y necesarias para que lleve a cabo el procedimiento médico a que se alude, el que, según relata, requiere con urgencia.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Acacías, a través de sentencia del 11 de

diciembre de 2017, decidió declarar improcedente el amparo iusfundamental requerido, al considerar que la accionante debía cumplir con los requerimientos y protocolos que le exigía la entidad promotora de salud para autorizar que se efectuara la cirugía a que se hace referencia.

2. Análisis de la vulneración ius-fundamental

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

2.1. Examen sobre la procedibilidad de la acción

Como primera medida compete a la Sala determinar la procedibilidad del amparo invocado, esto es, verificar si en el caso en concreto se satisfacen a cabalidad la totalidad de los requisitos que la jurisprudencia ha desarrollado para avalar la excepcional intervención del juez constitucional.

2.1.1. En lo relativo a la legitimación por activa para interpolar la presente acción, se considerara que ésta se encuentra satisfecha, debido a que quien formula la solicitud de amparo constitucional es la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo, quien, igualmente, alega vulnerados algunos de sus derechos fundamentales. Por consiguiente, en virtud del artículo primero del Decreto 2591 de 1991, la accionante cuenta con legitimidad en la causa para demandar la tutela de sus derechos.

2.1.2. Respecto de la legitimación por pasiva, se tiene que la acción de tutela fue dirigida en contra de Medimas EPS, entidad que funge como la EPS a la que se encuentra afiliada la accionante y que, en ese orden de ideas, es la autoridad responsable de garantizar la totalidad de los servicios médicos que sean considerados como necesarios para propender por la recuperación y conservación de la salud de la actora y en general de todos sus afiliados.

2.1.3. Se considera que la accionante acudió a la presente acción constitucional en pleno cumplimiento del requisito de inmediatez, dado que (i) el tratamiento por su patología,

según los documentos obrantes en el plenario, se emprende en el mes de agosto de 2017 y suscribe el consentimiento informado preanestésico con la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- el 12 de octubre de 2017, para que se efectúe el procedimiento médico de cirugía bariátrica; por lo que se evidencia que la tutela fue incoada el 27 de noviembre de ese mismo año, esto es, poco más de un mes después del momento en que se consintió la cirugía ordenada por su médico tratante. Adicionalmente, (ii) se tiene que la atención pretendida corresponde a un servicio que requiere con urgencia la solicitante, según la galena que la trata, motivo por el que la vulneración debe ser considerada como actual.

2.1.4. Respecto del estudio de subsidiaridad, se tiene que, en principio, la accionante podría acudir ante el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, esta Corte ha reconocido que se trata de un trámite judicial que, si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo[52] que le han impedido ser considerado como un procedimiento que, dadas las complicadas condiciones de salud de la solicitante -quien padece de obesidad mórbida- y la expedita naturaleza de la protección que requiere -pues puede llegar a padecer enfermedades como hipertensión arterial y diabetes-; cuente con el suficiente nivel de eficacia como para inhabilitar la intervención del juez constitucional[53].

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

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

3. Análisis de la presunta vulneración ius-fundamental

En el caso sub-examine, la presente acción de tutela fue incoada con la aspiración de que a la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo se le autorice, por la EPS Medimás, la realización del procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia, el que

le fue diagnosticado como urgente por su médica tratante, doctora Adriana Córdoba Chamorro de la Sociedad de Cirugía de Bogotá –Hospital San José–.

Por lo expuesto, la Sala dará inicio al estudio de la situación fáctica propuesta desde la metodología planteada en la formulación de los problemas jurídicos, esto es, (i) se abordará la pretensión de la solicitante relativa a que la EPS Medimás le autorice el procedimiento médico aludido. Para ello, (ii) se analizará si la solicitante satisface los requisitos para que el juez constitucional autorice el cubrimiento de un servicio o tecnología en el sistema de salud que no se encuentra incluido ni excluido del Plan de Beneficios en Salud[54]; (iii) finalmente, se estudiará si las cargas administrativas que le impone la EPS Medimás a la demandante para llevar a cabo la cirugía bariátrica en mención resulta desproporcionadas.

(i) En ese contexto, siendo que la pretensión principal de la acción de tutela que convoca en esta ocasión a la Corte es que se autorice a la actora el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia, se hace necesario destacar que se trata de un recurso médico que se ordena ante la necesidad evidenciada por la profesional de la salud tratante de realizar la aludida cirugía debido a la patología de obesidad mórbida que padece la demandante[55].

(ii) Al realizarse una revisión pormenorizada de la Resolución 5269 de 2017, por medio de la que el Ministerio de Salud y la Protección Social incluyó algunos servicios y tecnologías en el plan de servicios en salud, se constata que el procedimiento de Bypass por Laparoscopia no reposa en ese listado; es decir, no hace parte del referido plan, causa por la que, en principio, no debería autorizarse por la entidad promotora de salud la aludida cirugía.

De igual manera, del examen de la Resolución 5267 de 2017, a través de la que Ministerio de Salud y la Protección Social adoptó el listado de servicios y tecnologías que deberían ser excluidos del plan de servicios en salud, se confirma que el procedimiento requerido por la solicitante no ha sido descartado del citado plan.

Resulta relevante llamar la atención en que si bien la EPS accionada podría esgrimir que se trata de un servicio expresamente excluido, al poder ser catalogado como uno de carácter estético, lo cierto es que en esta ocasión[56], como lo determinó el médico tratante, el procedimiento de Bypass por Laparoscopia cumple una función relacionada con la

recuperación y cuidado de la salud de la accionante, pues lejos de ser un asunto meramente “estético”, ha sido diagnosticada con “obesidad mórbida” y dicha patología representa un grave riesgo a su salud y a su integridad física.

De acuerdo con lo reseñado, se distingue que el procedimiento de Bypass por Laparoscopia al no encontrarse incluido ni excluido dentro del aludido plan, es decir, al hallarse en un espacio anómico; procede que el juez constitucional acuda a los requisitos dispuestos por la Sentencia T-760 de 2008, analizados en párrafos anteriores[57], para precisar la necesidad de ordenar o no a la EPS Medimás que se le autorice a la paciente la cirugía requerida.

Asimismo, es palmario que la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo, desde el mes de agosto de 2017, se ha presentado a múltiples valoraciones médicas, con diferentes especialistas de la salud, los que han dictaminado la urgencia de que se efectúe el procedimiento quirúrgico que urge la accionante.

Por consiguiente, es notorio que la falta de autorización de la EPS Medimás para que se realice el Bypass por Laparoscopia a la demandante pone en riesgo su salud y sus condiciones de vida digna, pues requiere de ese procedimiento médico no solo para evitar otro tipo de enfermedades como la diabetes y la hipertensión, sino para mejorar su aspecto físico su movilidad y su propia autoestima.

Por su parte, (b) al analizar la Resolución 5269 de 2017[59] es plausible indicar que no existe, dentro del Plan de Beneficios en Salud, un procedimiento que pueda sustituir la cirugía bariátrica requerida por la paciente, pues resulta patente que el dictaminado por la médica tratante para mejorar la condición clínica de la accionante no es otro que es el Bypass por Laparoscopia, juicio profesional que no es discutido o debatido por la EPS Medimás.

A su vez, resulta diáfano que se trata de una prestación que requiere, necesariamente, (c) del aval del médico tratante y que no puede ser autónomamente autorizada por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que este termine por exceder sus competencias y experticias al desconocer cuales son los criterios técnicos-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad.

En efecto, en este caso, al demostrarse que la accionante cuenta con una orden en ese sentido[60], esto es, que determine la necesidad de la cirugía de Bypass por Laparoscopia, no se puede pretender desconocer el razonamiento calificado de la profesional de la salud que valoró su situación particular y concluyó la urgencia de la misma.

Por último, resulta evidente que la parte actora (d) carece de los recursos económicos requeridos para costear el viaje a la ciudad de Bogotá a efectos de diligenciar los documentos que le exige la EPS Medimás para continuar con la tramitación de su intervención quirúrgica, pues en adición a que así lo aseveró en su declaración del 28 de noviembre de 2017[61] y dicha afirmación no fue controvertida, se observa que la actora pertenece al régimen de subsidiado de seguridad social en salud, cuestión que hace diáfana su carencia de recursos económicos. De lo anterior, adicionalmente se deriva que la ciudadana no cuenta con el patrimonio para costear un procedimiento médico como el consabido, por cuanto el mismo demanda la intervención de especialistas consagrados en la materia.

En ese mismo escenario, este Tribunal ha enfatizado que cuando una persona se encuentre afiliada al régimen subsidiado de salud, como en el caso de la demandante, se debe presumir su incapacidad económica frente a asumir el pago de obligaciones que se deriven de los servicios o prestaciones de salud[62].

De la misma forma, la EPS Medimás, entidad prestadora de salud a la que se encuentra afiliada la ciudadana en el régimen subsidiado[63], podría haber desvirtuado la anterior afirmación de la accionante, la que goza de presunción de veracidad[64], al aportar pruebas por medio de las que hubiese logrado justificar que aquella contaba con los medios económicos para solventar el procedimiento médico dictaminado; no obstante, tal aserción, al no ser rebatida por la mencionada EPS, se tendrá por prueba suficiente en relación con la condición económica de la paciente.

(iii) Ahora bien, en lo que tiene que ver con las posibles barreras o cargas administrativas impuestas por la EPS Medimás a la demandante, las mismas obedecen a que la entidad prestadora de salud obliga a la ciudadana a trasladarse a la ciudad de Bogotá para diligenciar un nuevo formato de autorización para así poderse efectuar la cirugía de Bypass por Laparoscopia.

Tal desplazamiento, el que la actora -según sus aseveraciones- no puede pagar e, igualmente, le resulta engorroso debido a su patología de obesidad mórbida[65]; le impone una carga desproporcionada a la paciente, pues mientras aquella habita en el municipio de Acacías -Meta-, la EPS Medimás le obliga a viajar a la ciudad de Bogotá a diligenciar unos formatos o formas que fácilmente pueden ser enviados a la localidad donde se afincó la ciudadana, sin que sea un requisito primordial viajar a la capital a suscribir unos documentos, para que pueda practicarse la cirugía que se demanda:

“(…) Con todo, la Constitución Política y la normatividad expedida por el Ejecutivo están encaminadas a garantizar la efectiva prestación del servicio de salud para aquellas personas que se encuentran en lugares alejados, con poblaciones dispersas o de difícil acceso, al punto que es deber de las autoridades propender por la disminución gradual de las barreras geográficas y económicas para acceder a este servicio. Lo anterior, con fundamento además en lo señalado por organizaciones internacionales que han sido enfáticas al señalar que se debe garantizar la accesibilidad física, esto es, que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población (...)”[66]

De acuerdo con lo analizado, las consideraciones mediante las que el a quo fundamentó su decisión no son de recibo por parte de esta Sala, debido a que exigirle a la actora tener que desplazarse, sencillamente, a la ciudad de Bogotá a cumplir con unos supuestos “protocolos” de la EPS Medimás, no son más que exigencias desproporcionadas para la paciente, por lo que esas barreras deben descartarse y eliminarse, para así facilitarle la realización del Bypass por Laparoscopia que urgentemente requiere.

En consecuencia, considera la Sala que, en el presente caso, se encuentran configurados los requisitos para que la EPS Medimás autorice el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia a la demandante, de acuerdo con las valoraciones que ha efectuado la profesional de la salud tratante[67].

No obstante, la EPS Medimás deberá informarle a la actora, por el medio más diligente y con antelación, el día en que se realizará el aludido procedimiento clínico, al estimarse que por su patología no puede movilizarse habitualmente de un lugar a otro[68], toda vez que su peso es de 147 kilogramos[69] -más del doble de su peso ideal-.

Así las cosas, en concordancia con lo examinado en precedencia, la Corte dispondrá que la EPS Medimás, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, posteriores a la notificación de la presente providencia, autorice el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia a la demandante, de acuerdo con las valoraciones que ha efectuado la profesional de la salud tratante[70].

Una vez se encuentre programada la fecha para llevar a cabo el procedimiento clínico de Bypass por Laparoscopia por la Sociedad de Cirugía de Bogotá –Hospital San José– a la ciudadana, lapso que no puede ser superior a 15 días luego de expedida la autorización, la EPS Medimás deberá informar a la accionante, con 8 días de anticipo y por el medio más expedito, la aludida fecha, para que esta pueda programar, con suficiente tiempo de antelación, su desplazamiento a la ciudad de Bogotá.

4. Síntesis de la decisión

Corresponde a la Sala Novena de Revisión la solución de la situación jurídica de la ciudadana, Leidy Viviana Claro Carrillo, a la que le fue diagnosticada una patología de obesidad mórbida, pues su peso corporal de 147 kilogramos excede en más del doble del que le corresponde: 66 kilogramos. Frente a dicha patología, su médica tratante, doctora Adriana Córdoba Chamorro de la Sociedad de Cirugía de Bogotá –Hospital San José–, determinó[71] la urgencia de que se le practicara un procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia.

El apremio que aduce la galena para efectuar la intervención quirúrgica se basa en que a la paciente, por su alto grado de obesidad, la afecten otras enfermedades asociadas como la diabetes, la hipertensión arterial, alteraciones en las articulaciones, entre otras, pueden afectar su calidad y expectativas de vida[72].

Empero, a pesar del dictamen de la médica tratante[73], la EPS Medimás no ha expedido las autorizaciones requeridas para que se pueda efectuar la cirugía bariátrica a la solicitante. Por el contrario, la entidad prestadora de salud le ha impuesto barreras o requisitos administrativos de difícil cumplimiento a la actora, como tener que trasladarse a la ciudad de Bogotá a suscribir algunos formularios, sin tener en cuenta que aquella no cuenta con los recursos económicos para cumplir con esos requerimientos[74].

La Sala considera que la solicitud de amparo incoada cumple con los siguientes requisitos: (i) legitimación, en cuanto la solicitante es quien formula de manera personal la acción constitucional; (ii) inmediatez, pues (a) acudió al presente mecanismo de protección constitucional con tan solo un mes de posterioridad al hecho que se reputa vulnerador y (b) aún necesita del procedimiento médico, por lo que la vulneración alegada es actual; (iii) subsidiariedad, puesto que, si bien en principio contaría con el procedimiento jurisdiccional creado ante la Superintendencia Nacional de Salud, se tiene que éste aún cuenta con varios vacíos normativos que le restan eficacia[75]; y, (iv) relevancia constitucional, en razón a que se aducen como desconocidos derechos de raigambre fundamental, como son la salud, la vida en condiciones dignas, la seguridad social, la igualdad y la dignidad humana, los cuales se maximizan en el caso de la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo.

Ahora bien, respecto del fondo de la litis propuesta, la Sala estima que, en el presente caso, la pretensión de la accionante se encuentra específicamente dirigida a obtener la autorización de la EPS Medimás para que se realice el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia.

Debido a que la aludida cirugía no hace parte de los servicios y tecnologías incluidas en el Plan de Beneficios en Salud, pero tampoco se encuentra excluida del mismo, se determinó que como la actora cumple con los requisitos de la Sentencia T-760 de 2008, el juez constitucional podría autorizar un procedimiento no incorporado expresamente en el plan por cuanto: (i) la intervención de Bypass por Laparoscopia es indispensable para mejorar las condiciones de salud y de vida digna de la actora, (ii) el procedimiento médico no puede ser suplido por otro que se encuentre dentro del Plan de Beneficios en Salud, (iii) la operación médica ha sido dispuesta por su médica tratante, y, (iv) se probó la falta de recursos económicos de la parte actora para pagar una actuación clínica de esas características.

Se valora, asimismo, que las cargas administrativas que le ha impuesto la EPS Medimás a la actora para autorizar el procedimiento médico referido, son desproporcionadas y arbitrarias. Esto, debido a que la solicitante, al no contar con los recursos económicos suficientes[76] y por su propia patología de obesidad mórbida que le dificulta su movilidad[77], no puede transportarse continuamente a la ciudad de Bogotá a diligenciar algunas formas o documentos de autorización que exige la entidad prestadora de salud. Por tanto, es la EPS

Medimás quien tiene la obligación de desplegar todas las acciones que sean del caso para hacer llegar a la ciudadana cualquier tipo de documento que se demande para aprobar la cirugía bariátrica solicitada.

En conclusión, la Sala Novena de Revisión de la Corte constitucional decide conceder el amparo ius-fundamental invocado, en el sentido de ordenar a la EPS Medimás que autorice el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia a la demandante, de acuerdo con la valoración y dictamen que ha efectuado la profesional de la salud tratante[78].

Adicionalmente, la EPS Medimás deberá comunicar a la actora el día en que se realizará el aludido procedimiento clínico, al estimarse que por su patología no puede movilizarse habitualmente de un lugar a otro[79] debido a que pesa 147 kilogramos[80] -más del doble de su peso ideal-.[81].

Por tanto, una vez se encuentre programada la fecha en que llevará a cabo el procedimiento clínico de Bypass por Laparoscopia por la Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José- a la ciudadana, lapso que no puede ser superior a 15 días luego de expedida la autorización, la EPS Medimás deberá informar a la accionante, con 8 días de anticipo y por el medio más expedito, la aludida fecha, para que esta pueda programar, con suficiente tiempo de antelación, su desplazamiento a la ciudad de Bogotá.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Segundo.- ORDENAR a la EPS Medimás que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguiente a la notificación del presente fallo, autorice el procedimiento médico de cirugía bariátrica denominado Bypass por Laparoscopia a la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo, de acuerdo con las valoraciones que ha efectuado la profesional de la salud tratante doctora Adriana Córdoba Chamorro.

Una vez se encuentre programada la fecha en que se llevará a cabo el procedimiento clínico

de Bypass por Laparoscopia por la Sociedad de Cirugía de Bogotá –Hospital San José– a la ciudadana Leidy Viviana Claro Carrillo, lapso que no puede ser superior a quince (15) días luego de expedida la autorización, la EPS Medimás deberá comunicar a la accionante, con ocho (8) días de anticipo y por el medio más expedito, la aludida fecha, para que esta pueda programar, con suficiente tiempo de antelación, su desplazamiento a la ciudad de Bogotá.

Tercero.- Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí establecidos.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Páginas 3 a 11, cuaderno no. 2.

[2] En específico los exámenes de: (i) ecocardiograma transtorácico, (ii) ecografía abdomen total, (iii) hematología y (iv) psiquiatría. Páginas 13, a 23, cuaderno no. 1.

[3] Mediante orden médica del 26 de octubre de 2017. Contenida en el Folio 37 del cuaderno no. 1.

[4] Página 39, cuaderno no. 1.

[5] Mediante dictamen del 17 de Agosto de 2017.

[6] Página 3, ibídem.

[7] Páginas 6 a 11, ibíd.

[8] Página 12, ib.

[9] Página 13, ib.

[10] Páginas 16 y 17, ib.

[11] Páginas 21 y 22, ib.

[12] Página 25, ib.

[13] Páginas 31 y 32, ib.

[14] Página 33, ib.

[15] Página 37, ib.

[16] Página 42, ib.

[18] Página 46, ib.

[19] Páginas 56 a 58, ib.

[20] Páginas 74 a 76, ib.

[21] P á g i n a w e b

<http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>. Consulta
realizada el 22 de mayo de 2018, 11:35 am.

[22] Página 22, cuaderno no. 2.

[23] Resolución 5269 de 2017.

[24] Sentencias T-134 de 2002, T-544 de 2002 y T-361 de 2014.

[25] Ibídem.

[26] Artículo 4° de la Ley 1751 de 2015.

[27] Sentencias C-463 de 2000, T-016 de 2007, T-1041 de 2006, T-573 de 2008, entre otras.

[28] “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. Esta Ley tuvo su control previo de constitucionalidad por medio de la sentencia C-313 de 2014.

[29] En relación con cada uno de ellos, la norma en cita establece que:

“a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los

servicios y tecnologías ofrecidos”.

[30] Sentencia C-313 de 2014.

[31] Observación general número 14 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” Párrafo 1.

[32] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

[33] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, párrafo 4.

[34] Cfr. Sentencia T-414 de 2016. En la referida jurisprudencia este Tribunal, al estudiar casos específicos donde se vulneraba el derecho fundamental a la salud de personas a las cuales no se les autorizaba servicios o prestaciones no incluidos ni excluidos en el antiguo POS, como el servicio de transporte para el traslado de los pacientes, examinó que para lograr determinar si hay lugar a ordenar judicialmente el suministro de tales prestaciones: “el juez de tutela debe examinar meticulosamente cada caso en concreto, aplicando para el efecto la verificación de que el servicio de transporte se requiere para un paciente porque el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona,(ii) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (iii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”

[35] Sentencia T-610 de 2013. En tal pronunciamiento esta corte, al observar que a varios ciudadanos a los cuales las entidades prestadoras de salud les negaban un insumo no

incluido en el Plan Obligatorio de Salud determinó que para inaplicar las normas del POS se requería el cumplimiento de ciertos requisitos, los que debían examinarse en cada caso específico, para de tal modo: “si el paciente cumple esas condiciones jurídicas y fácticas, de acuerdo a lo estipulado normativamente y por la jurisprudencia, para que sean amparados los derechos a la salud, la vida en condiciones dignas y la integridad personal, así: i) La falta del servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento, vulnera o pone en riesgo los derechos a la salud, la vida o la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava o no palia el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas. ii) El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido, con el mismo nivel de calidad y efectividad. iii) El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento ha sido dispuesto por un médico, adscrito a la EPS o no, o puede inferirse claramente de historias clínicas, recomendaciones o conceptos médicos que el paciente lo necesita, siendo palmario que si existe controversia entre el concepto del médico tratante y el CTC, en principio prevalece el primero. iv) Se colija la falta de capacidad económica del petitionario o de su familia para costear el servicio requerido, dejando claro que se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por los accionantes, mientras no sean válidamente desvirtuadas por las entidades prestadoras del servicio de salud.”

[36] Cfr. Sentencia T-414 de 2016.

[37] Sentencia T-752 de 2012.

[38] Sentencia T-014 de 2017.

[39] Cfr. Sentencia T-065 de 2018.

[40] Cfr. Sentencia T-610 de 2013.

[41] Contenido que no fue alterado con la expedición de la Resolución 532 del 22 de febrero de 2017.

[42] Normativa que debe ser leída en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016.

[43] Resolución 5267 de 2017 del Ministerio de la Protección Social.

[44] Resolución 5269 de 2017 del Ministerio de la Protección Social.

[45] Sentencia T-065 de 2018. En esta decisión, la Corte al analizar la cuestión referente a una menor que demandaba el servicio de cuidadores en su domicilio por su patología de epilepsia generalizada, evidenció que existían servicios y tecnologías que no se encontraban ni incluidos ni excluidos del Plan de Beneficios en Salud: “En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de “servicio o tecnología complementaria” se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.”

[46] Sentencia T-405 de 2017. Por intermedio de tal jurisprudencia, este Tribunal al analizar las cargas administrativas que algunas entidades prestadoras de salud le imponían a sus usuarios estipuló “que la negligencia de las entidades encargadas de la prestación de un servicio de salud a causa de trámites administrativos, incluso los derivados de las controversias económicas entre aseguradores y prestadores, no puede ser trasladada a los usuarios por cuanto ello conculca gravemente sus derechos, al tiempo que puede agravar su condición física, psicológica e, incluso, poner en riesgo su propia vida. De ahí que la atención médica debe surtir de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de integralidad y continuidad, sin que sea constitucionalmente válido que los trámites internos entre EPS e IPS sean imputables para suspender el servicio.”

[47] Sentencia T-718 de 2016.

[48] Sentencia T-081 de 2016.

[49] Cfr. Sentencia T-745 de 2013. Citada en la sentencia T-405 de 2017.

[50] Cfr. Sentencia T-405 de 2017.

[51] *Ibíd.*

[52] Entre otros, (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de impugnación en contra de la decisión que pueda ser adoptada y (ii) la falta de reglamentación del procedimiento a través del cual se obtendrá el cumplimiento de lo ordenado o se declarará el desacato de quienes se abstengan de hacerlo.

[53] Ver Sentencia T-121 de 2015, reiterado en, entre otras, las Sentencias T-558 y T-677 de 2016.

[54] Resolución 5269 de 2017.

[55] Página 11, cuaderno no. 1

[56] Tal y como se ha reconocido en ocasiones anteriores por este tribunal.

[57] Página 18. *Ibídem*.

[58] Página 22, cuaderno no. 2.

[59] Ministerio de Salud y de la Protección Social.

[60] Páginas 11 y 36, cuaderno no. 1.

[62] En la Sentencia T-395 de 2014, (en la cual se cita la Sentencia T-970 de 2008), la Corte expuso: “En la Sentencia T-970 de 2008, la Corte se pronunció respecto al caso de una ciudadana afiliada al régimen subsidiado de salud, en el nivel II del SISBEN, que presentaba una enfermedad pulmonar obstructiva crónica, la cual necesitaba oxígeno requirente por hipoxemia severa. No obstante, no le fue autorizado tal medicamento porque no había pagado la cuota moderadora, debido a que no tenía los medios económicos suficientes para ello. En aquella oportunidad expuso que existía una presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN, porque hacen parte de la población con menor ingreso económico. Frente al particular señaló: “cuando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación”

[63] Según información reportada en el aplicativo Adres (Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud). Página web https://aplicaciones.adres.gov.co/BDUA_Internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=hOYWSLw26irPs2hQa7X73g==. Revisado el 5 de junio de 2018.

[64] Cfr. Sentencia T-414 de 2016.

[65] Página 39, cuaderno no.1.

[66] Sentencia T-718 de 2016. En el referido asunto, se aborda la situación de algunas personas que habitan en veredas del Departamento del Guaviare, toda vez que al encontrarse en abandono un puesto de salud, debían desplazarse largas distancias para que les prestaran los servicios de salud. En este caso, la Corte decidió tutelar los derechos fundamentales de los habitantes de tales territorios, en el entendido que las autoridades gubernamentales debían iniciar la implementación de las medidas necesarias, de política pública y todas aquellas pertinentes, para garantizar que los pobladores de esas zonas no tuviesen que efectuar largos recorridos para que se les brindara la atención en salud demandada.

[67] Página 40, cuaderno no. 1.

[68] Páginas 34 a 35 ibíd.

[69] Página 49, ib.

[70] Página 37, ib.

[71] Páginas 11 y 40, ib.

[72] Página 25, cuaderno no. 2.

[73] Páginas 36 y 37, cuaderno no. 1.

[74] Página 43, ibídem.

[75] Entre otros, (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de impugnación en contra de la decisión que pueda ser adoptada y (ii) la falta de

reglamentación del procedimiento a través del cual se obtendrá el cumplimiento de lo ordenado o se declarará el desacato de quienes se abstengan de hacerlo.

[76] Página 43, cuaderno no. 1.

[77] Página 39, ibídem.

[78] Página 40, ibíd.

[79] Páginas 34 y 35 ib.

[80] Página 49, ib.

[81] Páginas 34 y 35 ib.