



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

Bogotá D. C., 11 de agosto de 2020

Acción de Tutela N° 2020-00206 de VIVIANA MARGARITA MONTERO DÍAZ contra COMPENSAR EPS

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la Acción de Tutela promovida por Viviana Margarita Montero Díaz en contra de Compensar EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la seguridad social y a la salud.

ANTECEDENTES

Hechos de la Acción de Tutela

Afirmó que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en Compensar como cotizante activa desde el año 2016 y que ha cotizado más de 177 semanas; dijo haber realizado el trámite completo como aspirante a practicarse la “*CIRUGÍA BARIÁTRICA*” mediante el cual fue valorada por diferentes profesionales de la salud adscritos a la EPS accionada, en donde todos señalaron que es candidata apta para practicarse la cirugía; sin embargo, a la fecha no se le ha practicado la misma pese a haber cumplido con los protocolos señalados por Compensar EPS.

Adujo que actualmente tiene 30 años y posee un sobre peso de más de 38 kilogramos, con un índice de masa corporal de “*41 kg/m2*” por lo que es considerada como un apaciente con «*OBESIDAD MÓRBIDA*» por lo que su vida se encuentra en riesgo y su desarrollo normal como profesional.

Señaló que es soltera y tiene a su cargo a su madre de 72 años quien es hipertensa y posee problemas de salud, por lo que es quién la lleva a los controles médicos, situación que se le dificulta para trasladarse de la casa a la EPS, así como de realizar otras actividades.

Informó que su sobrepeso proviene desde niña, por lo que ha buscado soluciones para bajar de peso sin obtener resultados, por el contrario, sigue aumentando de peso, situación que le ha hecho bajar la autoestima, deprimirla y en periodo menstrual no regular dejando pasar hasta un año por causa del sobrepeso, además que ha seguido dietas, nutricionistas y gimnasios sin lograr algún objetivo.

Manifestó que al ser una mujer tan joven presenta las siguientes patologías «*Hipertensión Arterial, Problemas en las Rodillas y Apena del Sueño*» además, que por antecedentes familiares existen riesgos de enfermedades cardiovasculares, infartos y de diabetes, por lo



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

que el no practicarse la cirugía bariátrica pondría en riesgo su vida conforme lo han indicado los profesionales en salud.

Refirió que el 27 de mayo de 2019 presentó una petición a la accionada donde solicitó la autorización de los exámenes especializados y la autorización para la Cirugía Bariátrica la cual fue resuelta el 13 de junio de esa anualidad de una manera que no era acorde a su petición.

Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo expuesto, la accionante pretende que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la seguridad social y a la salud y, en consecuencia, pide ordenar a la accionada autorizar la práctica de la cirugía denominada "*Bariátrica (Bypass Gástrico)*", se realicen los exámenes pre y post quirúrgicos junto con los procedimientos que requiera después de la cirugía y seguir con el tratamiento de la obesidad.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 28 de julio del 2020, por medio del cual se ordenó librar comunicaciones a la accionada con el fin de poner en conocimiento el escrito de tutela y se le solicitó la información pertinente.

Informe rendido

Compensar EPS a través de su apoderado, manifestó que la accionante se encuentra activa en el plan de beneficiarios en salud en calidad de cotizante independiente desde el 5 de julio de 2016 fecha desde la cual se le han prestado de manera oportuna los servicios a los que tiene derecho como afiliada siendo autorizada el último para el 25 de agosto de 2020.

Así mismo, informó que le ha autorizado servicios y tecnologías en salud no PBS que fueron prescritos por sus médicos tratantes a través del MIPRES en línea con el Ministerio de Salud, por lo que le ha suministrado todos los servicios requeridos por la usuaria.

En cuanto a la autorización del procedimiento denominado "*CIRUGÍA BARIÁTRICA*" hizo énfasis en que la accionante padece de obesidad mórbida, la cual es una enfermedad crónica acumulativa, en donde los cambios en los estilos de vida (nutricionales y actividad física) repercuten de manera importante, por lo que el abordaje de esa patología es *multidisciplinario* con la participación de varias especialidades como endocrinología, nutrición, psiquiatría, neurología y otras con el fin de lograr una adecuada aceptación de la enfermedad y un plan terapéutico, por lo que el abordaje se debe acompañar con medidas no quirúrgicas tales como actividad física y cambios del estilo de vida.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

De igual forma, indicó que la cirugía bariátrica no es la primera instancia para resolver el problema de obesidad, dado que es un proceso crónico y acumulativo por lo que no es ni urgente ni vital, pues es considerado un procedimiento opcional que se programa de manera ambulatoria, razón por la cual, se surte el primer proceso se genera un consenso y aprobación por parte de todos los especialistas dentro del programa, es decir, se presenta el caso en una junta y se define la mejor opción de manejo tomando en consideración los esfuerzos de autocuidado como predictores del éxito de la intervención.

Reseñó que el procedimiento quirúrgico requerido por la promotora no ha sido prescrito por sus médicos tratantes, requisito *sine qua non* para validar la autorización, además que la accionante se encuentra en tratamiento a través del programa de obesidad ofertado por la EPS, por lo que ha recibido la valoración por diferentes especialistas quienes de acuerdo con la historia clínica reciente a la fecha no han considerado la práctica del procedimiento de cirugía bariátrica, por el contrario, la especialista en endocrinología reseñó que la paciente no cumple con uno de los requisitos necesarios para que la tasa de éxito del procedimiento sea alta y es la pérdida de peso de por lo menos el 5% dado que ha subido de peso y tiene documentado la no adherencia al plan nutricional con ingesta de jugos y harinas.

De igual forma, adujo que no se puede autorizar de oficio un procedimiento que no ha sido ordenado por los médicos tratantes ya que por sus múltiples *comorbilidades* puede ocasionar serios e irremediables perjuicios a su estado de salud, por lo que la accionante debe continuar recibiendo las valoraciones pertinentes por parte del programa de obesidad para que cuando sus médicos tratantes lo estimen necesario, la remitan a la junta de cirugía bariátrica para que determinen si la paciente es beneficiaria o no del manejo quirúrgico.

Por otra parte y en cuanto a una eventual orden de tratamiento integral, solicitó que se deniegue dado que sería sobre hechos futuros, por lo que resulta improcedente máxime cuando no ha negado los servicios requeridos por la promotora.

Finalmente, solicitó declarar improcedente la tutela dado que no existe conducta alguna que se pueda considerar como violatoria de los derechos fundamentales de la actora y pidió conminar a la accionante para que continúe recibiendo las valoraciones pertinentes por parte del programa de obesidad para que cuando sus médicos tratantes lo estimen necesario, la remitan a la junta de cirugía bariátrica para que allí se defina si es beneficiaria o no del manejo quirúrgico.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (C. C. T-471 de 2017).

Derecho fundamental a la salud

Dispone el artículo 49 constitucional que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, y que estos deben ser garantizados a todas las personas, desde las ópticas de promoción, protección y recuperación del estado de salud.

La disposición constitucional indica que a todas las personas se les debe otorgar la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de ese estado de salud, con lo cual se permite determinar que el derecho a la salud adquiere el rango de fundamental, porque cuando se refiere a que todas las personas tienen el derecho a la atención en salud, está definiendo el sujeto del mismo, sin hacer exclusión de ninguna índole.

La jurisprudencia constitucional siempre ha tratado de considerar que el derecho a la salud es fundamental puesto que protege múltiples ámbitos de la vida humana, y a la vez un derecho complejo, tanto por su concepción como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan, y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad (C. C., T-760 de 2008).

Acerca de la prestación de los servicios que no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), antes denominado Plan Obligatorio de Salud (POS), la Corte Constitucional ha sido enfática en explicar que cuando un profesional de la salud prescribe un servicio y/o tecnología no cubierta por el Sistema de la Seguridad Social en Salud, lo debe hacer a través de la herramienta tecnológica *Mi Prescripción "MIPRES"* (Resolución 2438 de 2018 y 3190 de 2018), para consultar la pertinencia del servicio ante la Junta de Profesionales de la Salud, decisión que debe ser registrada en ese aplicativo por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), pero si ésta *"nocuenta con esta instancia o con un prestador de servicios independiente, la entidad encargada del afiliado solicitará dicho concepto a una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores"*, procedimiento con el cual se busca evitar que los usuarios sufran demoras en el suministro de los insumos requeridos, *"pues a diferencia del procedimiento anterior,*



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

primero se ordena la entrega del insumo a través del aplicativo virtual creado para tal efecto ("MIPRES"), y con posterioridad se realiza el recobro a que haya lugar" (C.C. T-235 de 2018).

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), la máxima autoridad en materia constitucional ha señalado que, aunque *"el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales(...) (...) la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población."*, motivo por el cual las autoridades judiciales se ven enfrentadas al desafío de determinar respecto de cuáles de los medicamentos, tratamientos o procedimientos excluidos del PBS que le son solicitados, se puede ordenar su entrega, a pesar de que cuyo reconocimiento afecte el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, por ser imperioso *"a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud"* (C.C., T-235 de 2018).

Es así que, para facilitar la tarea de los jueces en esa interpretación, la Sentencia T-760 de 2008 concluyó que hay lugar a ordenar la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS en aras de amparar los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones (T-235 de 2018):

(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado (T-235 de 2018).

Igualmente, en la jurisprudencia citada, la Corte Constitucional fue clara al mencionar que el otorgar de forma excepcional la entrega de un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, *"no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo"*, en la medida que lo que se busca proteger con esa orden es el *"goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas"* de quien lo solicita.

En atención a la orden médica en el sistema de salud, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las entidades que administran el servicio de salud se encuentran vinculadas al criterio médico científico de los profesionales de la salud y por tanto a las órdenes del médico tratante ya sea adscrito o no a la EPS del paciente, pues es quien tiene el conocimiento científico y por su contacto con el enfermo puede establecer el tratamiento más eficaz e idóneo para la enfermedad que padece.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

En principio el criterio *“vinculante para la orden del servicio médico es el del profesional adscrito a la E.P.S, pues esta es la encargada de la prestación de las asistencias en Salud”*, sin embargo, cuando la prescripción proviene de otro galeno tendrá efectos vinculantes si la profiere un médico particular reconocido por el sistema de salud y la E.P.S. respectiva no la desvirtúa con sustento en criterios técnicos, científicos y en las circunstancias médicas que constan en la historia clínica del paciente.

Y es que la orden médica no puede convertirse en una condición insuperable o requisito *sine qua non* para garantizar el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, cuando por las condiciones en que se encuentra el paciente es palmaria la necesidad de determinados insumos, o la omisión misma de facilitar y permitir el acceso al servicio de salud impide obtener la prescripción médica y avanzar así en el tratamiento o atención de la afectación de la salud del paciente. En este sentido ha dicho la jurisprudencia que *“cuando las personas que requieren alguno de los servicios, implementos o insumos con los que pueden hacer más tolerables o llevaderas sus condiciones de salud, les exigen como requisito previo a su entrega, la presentación de una orden médica, dicha exigencia se torna desmedida en todos aquellos casos cuando las condiciones médicas de la persona son tan evidentes y notorias, por lo que someterla al cumplimiento de un trámite administrativo, para obtener los cuidados mínimos necesarios que aseguran una vida en condiciones más dignas, resulta desproporcionado y pone en peligro sus derechos fundamentales”*.

Caso concreto

En el presente asunto deberá el Despacho resolver si en aras de proteger los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la seguridad social y a la salud de la promotora hay lugar a ordenar a la accionada a autorizar la práctica de la cirugía denominada *“Bariátrica (Bypass Gástrico)”*, realizar los exámenes pre y post quirúrgicos junto con los procedimientos que requiera después de la cirugía y seguir con el tratamiento de la obesidad.

Para corroborar sus pedimentos, la accionante aportó, copia de la historia clínica en donde se observa que cuenta con las patologías de *«Hipertensión arterial, Cefalea, Síndrome de ovario poliquístico y Obesidad grado 3»*, así mismo, que se le han practicado exámenes de nutrición, auto cuidado y salud, cardiología, apnea, mamografía, odontología, endocrinología, ortopedia y ginecología¹.

La encartada manifestó que a la promotora se le han brindado todos los servicios requeridos para el tratamiento de su obesidad y que sus médicos tratantes no han autorizado la cirugía que solicitó la accionante, por lo que debe seguir en el tratamiento

¹ Ver archivo de tutela folios 11 a 124 y archivo 4 folio 27 a 181



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

hasta que los galenos determinen realizar una junta para verificar si se puede o no practicar el procedimiento quirúrgico.

De lo expuesto por las partes, observa el Despacho que la accionada ha brindado los exámenes médicos y tratamientos que ha requerido la promotora para el alivio de sus patologías, encontrándose actualmente en un tratamiento para su obesidad.

Ahora, de la documental allegada al plenario esta sede judicial pudo conocer que si bien a la accionante le fue dada por parte de la Psiquiatra una “*remisión médica*” para valoración por grupo de cirugía bariátrica el 3 de julio de 2019², lo cierto es, que, mediante historia clínica del 31 de mayo de 2020, se determinó que la promotora no ha presentado pérdida del 5% de peso para tener pronóstico de éxito de la cirugía³.

Así las cosas, encuentra este Despacho que la pretensión de ordenar a la EPS a practicar la cirugía bariátrica se escapa de la órbita del juez constitucional dado que no existe una orden médica por parte de sus galenos tratantes que permita inferir que en efecto requiere con urgencia dicha intervención.

En este punto, se trae a colación lo señalado por la encartada al indicar que son los médicos tratantes de la actora quienes, después de practicar los exámenes médicos requeridos, deben realizar una junta médica para determinar si la cirugía bariátrica que requiere la actora tiene posibilidad de éxito, situación que no es caprichosa, dado que para la práctica de una intervención quirúrgica como lo pretende la actora, es necesario que exista una autorización y un visto bueno actualizado y vigente de un grupo selecto de galenos, escenario que no sucede en el presente caso debido a que no existe ninguna orden médica que autorice dicha práctica.

En ese horizonte, observa el Despacho que la señora Moreno Díaz debe ser valorada por los especialistas para que sean ellos quienes emitan una orden de *Cirugía Bariátrica*, por cuanto le es vedado al juez constitucional ordenar o valorar un procedimiento médico determinado por carecer del conocimiento científico adecuado, incluso una decisión no sustentada científicamente, podría causar un grave perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela proteger, como podría ocurrir en el caso concreto.

Frente a ello, la Corte Constitucional en Sentencia T-061 de 2019 dispuso:

Ahora bien, esta Corte ha determinado que si bien el juez de tutela no es competente para ordenar el reconocimiento de servicios y tratamientos, resulta viable que ante un indicio razonable de afectación a la salud, se ordene a la Empresa Promotora de Salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un diagnóstico en el que determinen si un medicamento,

² Archivo de tutela 1- folio 108

³ Ver archivo 4- alcance de accionante folio 126



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

servicio o procedimiento es requerido con necesidad, a fin de que sea eventualmente provisto

Así las cosas y atendiendo el precedente legal y jurisprudencial, esta sede judicial negará la solicitud de autorizar la práctica de la cirugía bariátrica, junto con las demás pretensiones en los términos solicitados por la accionante, dado que se encuentran encaminadas a la realización de la cirugía bariátrica.

Por otra parte y en cuanto a la pretensión de ordenar a la EPS accionada que siga realizando el tratamiento para su obesidad, el Despacho, no encuentra motivo alguno para acceder a esta pretensión ya que como se dijo en líneas anteriores, a la actora se le están prestando los servicios de salud que requiere para el tratamiento de sus patologías, entre ellas se observa que está en tratamiento por los diferentes especialistas para atender su patología por obesidad, por lo que se negará esta solicitud.

Finalmente, es preciso aclarar que debido a las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional frente a la prevención del contagio del Covid 19 y por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PCSJA20-11519 16 de marzo de 2020 y en el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020 en caso de que no se impugne la presente providencia, su remisión a la Corte Constitucional se hará una vez se levante la suspensión de términos relacionada con la revisión eventual.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la protección de los derechos fundamentales invocados por **Viviana Margarita Montero Díaz** en contra de en contra de **Compensar EPS**, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación y de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la decisión.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

QUINTO: ORDENAR que por secretaría se realice la notificación por estado electrónico, el cual deberá ser publicado en la página de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-03-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota/2020n1>.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Comunicar en estado n.º 72 de agosto de 2020. Fijar Virtualmente.

Firmado Por:

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 3Ero MPAL PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BOGOTA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **77962638891db68f23790afb5036ee63ac40ab980e209274e9ccfe7e74adec10**

Documento generado en 12/08/2020 11:16:07 a.m.