

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2022 00654 00

De: Naila Castillo Nieves

Vs: Famisanar EPS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.

Carrera 10 No. 19-65 Piso 7º Edificio Camacol – Teléfono: 2868456

WhatsApp: 322 2890129

Correo Electrónico: j11pcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Estados Electrónicos: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-11-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota/68>

Atención al Usuario: <https://n9.cl/x6lyr>

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 011 2022 00654 00

ACCIONANTE: NAILA PATRICIA HERRERA GELVEZ

ACCIONADO: FAMISANAR EPS

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los catorce (14) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), procede este Despacho Judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por la señora **NAILA PATRICIA HERRERA GELVEZ** a través de apoderada judicial en contra de **FAMISANAR EPS SAS**, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional obrante en el archivo No. 02 del expediente.

ANTECEDENTES

NAILA PATRICIA HERRERA GELVEZ, promovió acción de tutela en contra de **FAMISANAR EPS SAS**, con la finalidad de que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y justas, la integridad personal, seguridad social y derecho a un diagnóstico. En consecuencia, solicita:

IV. PRETENSIONES.

Tomando como punto de referencia la acción prevista en el artículo 86 de la Constitución Política y su desarrollo legal contenido en el Decreto 2591 de 1991, con todo respeto le solicito a usted señor juez

- a) **TUTELAR** mis derechos fundamentales a la Vida, a la Seguridad Social, a la Salud y a la dignidad humana, previstos en los artículos 11, 48, 49 y 1 y SS de la C.P. de la Constitución Política, que están siendo vulnerados y violados por la accionada **FAMISANAR EPS** a mi poderdante **NAILA CASTILLO NIEVES**
- b) Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la accionada **FAMISANAR EPS**, que el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión, **REMITA A MI DEFENDIDA al CIRUJANO BARIATRICO ADSCRITO A ESTA EPS, como UNICO ESPECIALISTA IDONEO** para tratar la obesidad mórbida padecida, a fin de que este galeno, confirme, ratifique y/o controvierta científicamente la necesidad del procedimiento médico denominado **CIRUGIA BARIATRICA** ordenado por el **DR. CAMILO ORTIZ SILVA**
- c) En caso de que el Cirujano Bariátrico adscrito a la EPS confirme la necesidad del procedimiento médico ordenado a la suscrita por el médico particular **DR. CAMILO ORTIZ SILVA, LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR EPS, AUTORICE Y REALICE DE FORMA INMEDIATA Y SIN DILACIONES, LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS Y TRÁMITES NECESARIOS PARA LA REALIZACIÓN DE LA CIRUGÍA BARIÁTRICA POR LAPAROSCOPIA O CUALQUIER OTRO PROCEDIMIENTO ORDENADO POR EL GALENO.**
- d) **SE ORDENE** a la accionada **FAMISANAR EPS** prestar atención integral, por lo cual autorice y brinde todos los servicios, procedimientos, insumos, tratamientos, exámenes y medicamentos ordenados por el médico tratante, necesarios para la efectiva prestación del servicio médico requerido para la tratar la obesidad mórbida que padece **NAILA CASTILLO**, sin tener en cuenta que se encuentren fuera del Pos.

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2022 00654 00

De: Naila Castillo Nieves

Vs: Famisanar EPS

Como fundamento de la solicitud de amparo constitucional, indicó en síntesis que se permite elaborar este estrado judicial que, la accionante tiene 35 años de edad, padece de aumento progresivo de peso que generan afectación física y psicológica, sufre de depresión.

Que en el año 2019 se le practicó cirugía bariátrica – Balón Gástrico endoscópico, que tuvo que ser retirado en el año 2020, sin embargo cuando se lo retiraron pesaba 100 kilos; en el año 2021 fue ingresada al programa de obesidad de la EPS en donde fue valorada por nutrición y psicología.

En la cita de nutrición le fue sugerida una dieta, y en el control se le indicó que debis continuar con las recomendaciones sin hacer ninguna otra observación, manifiesta que le solcito a la nutricionista remisión con el especialista de cirugía bariátrica, empero la nutricionista se negó, argumentado que ese era el protocolo de la EPS.

Como quiera que sigue ganando peso, consulto particularmente al médico Camilo Ortiz Silva, quien determinó que la accionante es candidata a la cirugía bariátrica por contar con un peso de 123 kilos a la fecha.

Informa que el 03 de agosto de 2022 radico a través de derecho de petición solicitud a FAMISANAR para que se autorice la valoración con cirujano bariátrico de la EPS y que una vez aquel corrobore la cirugía, se autorice el procedimiento sin ninguna dilación, pero no tuvo respuesta dentro de los términos de ley

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Una vez realizadas las notificaciones a las entidades y corrido el traslado correspondiente, procedieron a contestar de la siguiente manera:

MINISTERIO DE SALUD (Arch. 07), manifiesta que frente a los hechos de la tutela no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, que el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual desconoce los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas. Por ende alega Falta de legitimación en la causa por pasiva por lo que solicita declarar la improcedencia de la tutela frente a ese Ministerio.

SECRETARIA DE SALUD (Archivo 08) Manifestó que de acreditarse la orden medica deberán concederse las pretensiones fundamentadas en los hechos alegados en la tutela, que por disposición expresa del artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, no tiene el deber de responder por la prestación de servicios de salud.

FAMISANAR EPS (Archivo 09) Alego contestación a la presente inicialmente indicando cuales son los parámetros establecidos para que se asigne la cita de valoración con el cirujano bariátrico, que revisada la comunicación que la accionante remitió y a que cumple con los parámetros establecidos procedió a comunicarse telefónicamente con la gestora tutelar el día 05 de septiembre de

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2022 00654 00

De: Naila Castillo Nieves

Vs: Famisanar EPS

2021 en diferentes oportunidades. No obstante a lo anterior cuando respondió indico que no podía atender la llamada en ese momento, motivo por el cual se le remitió correo electrónico a fin de que remitiera las ordenes o avales médicos, indica que la afiliada no remite las ordenes medicas Famisanar EPS no tiene la posibilidad material de dar cumplimiento al requerimiento toda vez que es una especialidad residual a la que se remiten los pacientes que cumplen los criterios exigidos.

Alega la carencia del objeto óbice de esta tutela por cuanto ha solicitado a la accionante los documentos requeridos sin que ella haya acatado la solicitud. Por lo que finalmente solicita negar la acción de tutela.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA – ADRES (Arch. 10)

Alega falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que la EPS tiene la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. Aclara cuales son las gestiones que tiene a su cargo el ADRES *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2016 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, me permito informarle que a partir del día primero (01) de agosto del presente año, entra en operación la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud -FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). En consecuencia, a partir de la entrada en operación de la ADRES, y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, debe entenderse suprimido el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, y con este la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social tal como señala el artículo 5 del Decreto 1432 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 547 de 2017 y que cualquier referencia hecha a dicho Fondo, a las subcuentas que lo conforman o a la referida Dirección, se entenderán a nombre de la nueva entidad quien hará sus veces, tal como lo prevé el artículo 31 del decreto 1429 de 2016”*

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2022 00654 00

De: Naila Castillo Nieves

Vs: Famisanar EPS

Conforme a lo expuesto en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se adentra a verificar si es procedente la acción de tutela como garantía de los derechos fundamentales de la señora **NAILA PATRICIA HERRERA GELVEZ**, con el fin de que la accionada **FAMISANAR EPS** autorice consulta por cirugía bariátrica.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, encontramos que la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

La H. Corte Constitucional ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego, no es propio de la acción de tutela reemplazar los procesos ordinarios o especiales, pues su propósito específico emana de su consagración constitucional, el cual, no es otro que brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.

En ese sentido, el máximo Tribunal Constitucional, ha indicado que la procedencia de la acción de tutela depende de la no existencia de otros medios de defensa judicial, para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales o aunque haya otros medios, la acción de tutela es procedente si se logra acreditar que con ella busca evitarse un perjuicio irremediable, o si se verifica que el otro medio de defensa judicial no es eficaz.

En concordancia con lo anterior, el papel del Juez Constitucional en estos casos es examinar la eficacia e idoneidad de otro medio de defensa judicial, considerando la situación particular del actor; es decir, el Operador Jurídico debe tener en cuenta la inminencia y gravedad del riesgo al que se encuentra sometido y la posibilidad de que medios judiciales ordinarios resulten útiles para poner fin a la amenaza, revisando en consecuencia, si la acción de tutela constituye el único mecanismo idóneo de protección de derechos fundamentales, o por el contrario se torna improcedente como mecanismo principal de defensa.

DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud se entiende como la facultad que tienen los seres humanos de mantener la normalidad orgánica funcional, no solo física sino también mentalmente. En caso de encontrarse afectada su salud el Estado propenderá las medidas necesarias para el restablecimiento orgánico y funcional de ésta. Así mismo, se ha establecido que este derecho debe garantizarse en condiciones

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2022 00654 00

De: Naila Castillo Nieves

Vs: Famisanar EPS

dignas pues de su materialización depende el ejercicio de otros derechos y por ello se ha considerado que el derecho a la salud es de carácter fundamental, razón por la cual puede ser protegido vía tutela directamente y no por conexidad con el derecho a la vida como se condicionaba anteriormente.

Este derecho se condensa en que todas las personas tienen el derecho a que se les preste el servicio de salud de forma integral, con todos los tratamientos que requieran para el mejoramiento de su calidad de vida, al respecto la Corte Constitucional en sentencia **T - 509 de 2017** se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"el principio de integralidad tiene como propósito mejorar las condiciones de existencia de los pacientes, **prestando los servicios médicos en el momento adecuado**. En otras palabras, la integralidad responde "a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva". Así mismo, **la integralidad en el servicio de salud implica que el paciente debe recibir el tratamiento de calidad que requiere según las condiciones de la patología que lo aquejan y las realidades científicas y médicas"***

DEL CASO CONCRETO

En primer lugar, conforme a lo expuesto por la petente en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se dispone a resolver, si a la accionante le han sido vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, por la supuesta negativa por parte de la **FAMISANAR EPS** de autorizar la cita de valoración por cirugía bariátrica.

De las pruebas allegadas al plenario se puede establecer que en efecto la señora **NAILA PATRICIA HERRERA GELVEZ** padece de obesidad, hipertensión y diabetes, además que dicha manifestación no fue refutada por la EPS accionada, por el contrario convalido lo dicho al manifestar que " *la usuaria cuenta con aval clínico*"

Ahora bien teniendo en cuenta que ni la accionada ni la accionante remiten las pruebas de las ordenes medicas expedidas por médicos de la EPS, para el despacho únicamente es posible atender como prueba la valoración del médico particular, en la que informa que advertido que, es una candadita a cirugía bariátrica, y que requiere manejo por grupo multidisciplinar de obesidad:

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2022 00654 00

De: Naila Castillo Nieves

Vs: Famisanar EPS

Paciente: **NAILA CASTILLO NIEVES**
Cedula **1065596156**
EMPRESA: **PACIENTE PARTICULAR**

4-5-2019 Apertura de historia clínica
Paciente con historia clínica de obesidad de largo tiempo ha realizado múltiples dietas supervisadas sin éxito por la recurrencia. Refiere severo dolor en rodillas al caminar.

Exámen Físico:

peso 119 talla 1,70 imc 41.

IDx:

obesidad mórbida.

Plan de Estudio y Tratamiento:

La paciente desea inicialmente implante de balón gástrico endoscópico

17-5-2019 Cita de control

Se implanta balón gástrico endoscópico, se llena con 600 cc de suero fisiológico con azul de metileno.

1-2-2020 Cita de control

Se retira balón gástrico, sin complicaciones

Peso 100 kilos.

15-7-2022 Cita de control

La paciente consulta por que ha reganado peso, no obstante haber realizado dieta y haber sido usuaria de balón gástrico endoscópico.

Peso actual 123 kilos talla 170

Dx: Obesidad grado III

PACIENTE CANDIDATA A CIRUGIA BARIATRICA. REQUIERE MANEJO POR GRUPO MULTIDISCIPLINARIO DE OBESIDAD.

De igual forma en el expediente, del dicho de la accionada en las respuestas allegadas y sumado a que la apoderada de la accionante ha remitido escrito en el que informa que la señora **Naila Castillo** se encuentra hospitalizada por complicaciones con la hipertensión que padece y que por demás, es evidente que esta relacionada con los problemas de obesidad que la quejan, se colige que si requiere la atención de consulta por cirugía bariátrica.

Así las cosas, no es de recibo para esta sede judicial que la encartada **FAMISANAR EPS**, manifieste que el 05 de septiembre y solo ese día; puesto a que no probó haber desplegado tramites posteriores para contactar a la accionante a fin de que remita las ordenes médicas., Anudando a que si tiene en cuenta es la EPS quien debe tener la custodia de la historia clínica de la gestora de tutela, así mismo tal como lo informa la accionante elevo un derecho de petición posterior a la consulta con médico particular, en donde remitió lo que esta diagnóstico.

A pesar de que a la fecha no cuenta con una orden para valoración de cirugía bariátrica, expedida por la **EPS**, el despacho como ya se anunció reviste de total carácter probatorio el diagnostico emitido por el **Dr. Camilo Ortiz Silva**. Mas los antecedentes que la misma gestora comunicó al despacho como por ejemplo que en el año 2019 ya había sido intervenida quirúrgicamente por la misma enfermedad.

Y en consecuencia encuentra procedente que nuevamente sea valorada por el grupo de obesidad o cirugía bariátrica, ya que, si bien es cierto está siendo atendida en el programa de obesidad, se debe tener encuentra la necesidad de la valoración.

Pues de las pruebas si se puede concluir que la accionante tiene una problemática y su salud se está viendo disminuida por el aumento de peso que no puede controlar, obesidad, así las cosas la tutela se tornara procedente unciacmente para que a la señora **NAILA CASTILLO NIEVES**, sea valorada por cirugía bariátrica para que sea allí donde determinen si es una candidata apta para la cirugía bariátrica o no.

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2022 00654 00

De: Naila Castillo Nieves

Vs: Famisanar EPS

Respecto al tratamiento integral la tutela no procede; teniendo en cuenta que el principio de integralidad tiene como propósito prestar los servicios médicos en el momento en que se presentan las patologías y mal haría este Despacho en tutelar derechos que no están siendo transgredidos en la actualidad.

En ese orden de ideas, ha de recordar esta Juzgadora que lo mínimo que se le exige a la accionada, es que en atención a su función como "**entidad promotora y prestadora de servicios de salud**", cumpla con las obligaciones que su deber le impone, omita trámites administrativos negligentes y garantice el acceso en condiciones de calidad, oportunidad, sin restricción a las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos incluidos en el plan de beneficios y los no incluidos en el plan de beneficios, que sean requeridos con necesidad por la señora **NAILA PATRICIA HERRERA GELVEZ**; en los términos y tiempos establecidos en cada oportunidad por los médicos tratantes.

Al no existir responsabilidad alguna de las vinculadas **MINISTERIO DE SALUD, ADRES, SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, DOCTOR CAMILO ORTIZ SILVA**, se ordenará su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales que la activa alega como trasgredidos.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales invocados por la señora **NAILA PATRICIA HERRERA GELVEZ**, únicamente para que FAMISANAR EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, en el término de **48 HORAS AUTORICE LA VALORACIÓN POR CIRUGIA BARIATRICA, para que sea allí donde se determine si es apta o no para la cirugía bariátrica.**

SEGUNDO: NEGAR EL TRATAMIENTO INTEGRAL conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DESVINCULAR por no existir responsabilidad alguna de las vinculadas **MINISTERIO DE SALUD, ADRES, SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, DOCTOR CAMILO ORTIZ SILVA.**

CUARTO: NOTIFICAR por el medio más eficaz tanto a la parte accionante como a la accionada del resultado de la presente providencia.

QUINTO: Si no fuere impugnado el presente fallo oportunamente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, se remitirá a la H. Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2022 00654 00

De: Naila Castillo Nieves

Vs: Famisanar EPS

contrario se enviará a la Oficina Judicial - Reparto de los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, en los términos del artículo 32 ibídem.

CÚMPLASE.

Firmado Por:

Viviana Licedt Quiroga Gutierrez

Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas

Laborales 11

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jhonatan Javier Chavarro Tello

Secretario

Juzgado Pequeñas Causas

Laborales 011

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **2db9ab4a827724fc17180c4c983a8fd75efce59097248fe47312ba836105b557**

Documento generado en 15/09/2022 08:32:20 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>