

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 JUZGADO VEINTIUNO (21) CIVIL MUNICIPAL
 Bogotá D.C. Veintidós (22) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA No.: 11 001 40 03 021 2020 00347 00
 ACCIONANTE: ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRÍGUEZ
 ACCIONADA: COMPENSAR E.P.S.

Resuelve el Despacho la presente acción constitucional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las conferidas por el artículo 86° de la Constitución Política de Colombia y los Decretos Reglamentarios 2591 de 1991 y 306 de 1992.

ANTECEDENTES

1.- HECHOS

ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRÍGUEZ interpuso acción de tutela para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales constitucionales a: **i) la vida, ii) la Salud, iii) la Integridad personal, física y psicológica, y iv) la Seguridad Social**, los cuales considera vulnerados por la entidad **COMPENSAR EPS**.

El accionante comienza el relato de los hechos, informando al Despacho que desde el 01 de marzo de 2015 se encuentra afiliado como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud en la entidad **COMPENSAR E.P.S.**

Señala que padece de Obesidad Grado 2, lo que le ha generado diversas y graves complicaciones de salud como el Síndrome de Apnea obstructiva de sueño e Hiponea del sueño severo, Artrosis de Rodillas Temprana por sobrecarga, Tagalía Crónica por Sobrecarga e hipo ventilación Alveolar por Obesidad, cambios degenerativos discales con la presencia de pequeña hernia discal protruida central.

Alude que a pesar del avanzado deterioro en su estado de salud física y emocional, **COMPENSAR E.P.S.** ha dilatado y demorado la realización de la **CIRUGÍA BARIÁTRICA** y no ha realizado los procedimientos pertinentes para contrarrestar sus padecimientos, mediante trámites administrativos y demoras excesivas, como por ejemplo, cumplir con los criterios de selección establecidos por la entidad, esto es, bajar cinco (5) kilos de peso para la atención y remisión a Junta Médica, los cuales logró bajar pero a la fecha **COMPENSAR E.P.S.** y a pesar de la reducción de peso, no lo ha remitido a la mentada Junta Médica.

Manifiesta que el día 31 de marzo de 2020, a través de consulta médica telefónica le fue informado que “su cita había sido programada para el año 2021, tiempo durante el cual debía persistir con adecuados hábitos nutricionales y actividad física para disminución progresiva de peso” y “que en 6 meses se le realizaría una nueva citación para iniciar el manejo por nutrición, ortopedia y psiquiatría”, es decir iniciar de ceros.

Indica que actualmente no cuenta con los ingresos mensuales suficientes para asumir los procedimientos médicos que demanda su enfermedad, debido a su alto costo, por lo cual acude a la tutela.

2.- PRETENSIONES

Solicita el accionante **ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRÍGUEZ**, que ante la vulneración de sus Derechos Fundamentales a: **i) la vida, ii) la Salud, iii) la Integridad personal, física y psicológica, y iv) la Seguridad Social**, por parte de la accionada **COMPENSAR EPS**, se le ordene a esta última que inicie de inmediato las acciones

administrativas para autorizar el procedimiento médico de cirugía bariátrica requerida por el accionante, y en consecuencia asuma el pago íntegro de los costos de:

1. Cirugía denominada **BARIÁTRICA** (BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA) con los médicos tratantes.
2. Exámenes diagnósticos (pre y post quirúrgicos).
3. Procedimientos que durante el proceso de cirugía resultase necesarias y operaciones que por motivo de obesidad se requieran posteriores a la cirugía.
4. Medicamentos necesarios durante y posterior a la Cirugía.
5. Tratamiento integral para terminar con éxito los controles posteriores a la cirugía.

3.- MATERIAL PROBATORIO RELEVANTE PARA EL CASO

El accionante **ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRÍGUEZ** anexó como pruebas de especial trascendencia:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía.
- Copia del certificado de afiliación a la EPS.
- Copia de la historia clínica.
- Copia del examen de resonancia magnética de columna lumbosacra simple.
- Copia exámenes realizados por la EPS.

Se tendrán como pruebas las anteriormente relacionadas y todas las allegadas al expediente por parte de la accionada **COMPENSAR E.P.S.**, así como las allegadas por las entidades vinculadas, en cuanto a derecho corresponda.

4.- TRÁMITE PROCESAL

Mediante providencia de fecha 09 de Julio de 2020 se admitió para su trámite la presente acción constitucional, vinculándose de manera oficiosa a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, a la entidad **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) – ADRES**, y a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**; se dispuso notificar a las partes, solicitándole tanto a la accionada como a las vinculadas, que dentro del término de dos (2) días se pronunciaran sobre los hechos y peticiones de que trata el escrito de tutela;

A la entidad accionada **COMPENSAR E.P.S.**, además se le pidió que dentro del mismo término informara y respondiera al Despacho el siguiente cuestionario:

- i) La razón por la cual no le han programado la cirugía al señor **OROZCO RODRÍGUEZ**, a pesar de haber cumplido con las exigencias médicas (bajar de peso) para practicársela.
- ii) Si el dictamen médico (Junta Médica) hace difícil o imposible la cirugía en estos momentos, qué otro tratamiento deberá hacer **COMPENSAR E.P.S.**, para que el Accionante pueda bajar de peso y mejorar su calidad de vida.

5.- PRONUNCIAMIENTO DE LA ACCIONADA Y DE LAS VINCULADAS

5.1.- COMPENSAR E.P.S.

Encontrándose dentro del término concedido en el auto admisorio, el abogado **Germán David García Cárdenas** actuando en su condición de apoderado de la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR** autorizada legalmente para funcionar como **COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD**, representada legalmente por **LUIS ANDRÉS PENAGOS VILLEGAS**, dio contestación a la tutela, solicitando principalmente se declare la improcedencia de la misma, ya que no existe ninguna conducta de parte de su prohilada que pueda considerarse como violatoria de los derechos fundamentales del Accionante **ROBINSON EDGARDO OROZCO**

RODRÍGUEZ, pues, la EPS ha autorizado todos los servicios de salud requeridos por el peticionario sin que a la fecha haya sido ordenada la realización de cirugía bariátrica.

Argumenta lo anterior poniendo de presente al Despacho que en efecto, el Accionante se encuentra activo en el Plan de Beneficios en Salud de esa EPS desde el día 03 de febrero de 2019, en calidad de beneficiario de la Señora Shirley Bislick Guerrero, usuario al que se le han prestado oportuna y completamente todos los servicios a los cuales tiene derecho como afiliado al Régimen Contributivo de Salud, de acuerdo con las coberturas que por ley, se encuentran indicadas y autorizadas.

Resalta y hace especial “énfasis en que el Señor **ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRIGUEZ** padece de obesidad mórbida, la cual es una enfermedad crónica y acumulativa, en donde los cambios en los estilos de vida (en relación a hábitos nutricionales y actividad física) repercuten de manera importante y son pilares básicos de su manejo. Igualmente el tema social en términos de relaciones interpersonales y estabilidad emocional son relevantes, pues ayudan a generar un proceso de adaptación y estabilidad emocional y psicosocial alrededor del tema de la obesidad”.

Sobre la obesidad mórbida y la cirugía bariátrica, el apoderado de **COMPENSAR E.P.S.** manifiesta que “el abordaje de dicha patología es multidisciplinario con participación de varias especialidades como endocrinología, nutrición, psiquiatría, neurología (entre otras) con el fin de lograr, por un lado, una adecuada aceptación e introspección de la enfermedad y, por otro, una adherencia e implementación al plan terapéutico propuesto. Con esto se entiende que siempre el abordaje de estos pacientes se debe acompañar de medidas no quirúrgicas que son el pilar fundamental para el manejo, tales como actividad física y cambios de estilo de vida.

Señala que “en lo que respecta al manejo quirúrgico es preciso aclarar que la cirugía bariátrica no es la primera instancia para resolver el problema de la obesidad ya que, como se mencionó anteriormente, la patología es el resultado de un proceso crónico y acumulativo en donde intervienen muchos factores, motivo por el cual el procedimiento quirúrgico, en caso de indicarse, **no es ni urgente ni vital (se considera un procedimiento opcional que se programa de manera ambulatoria)**”. (Resalta el Despacho)”

Indica que “estos casos son manejados por la **EPS COMPENSAR** mediante la inclusión de los pacientes al Programa de Obesidad, donde se realizan diferentes valoraciones con el fin de garantizar un abordaje multidisciplinario, necesario para el manejo de la misma. Una vez se surte este primer proceso y se genera consenso y aprobación por parte de todos los especialistas dentro del programa, es decir de todas las especialidades participantes y tratantes, **SE PRESENTA EL CASO EN JUNTA Y SE DEFINE LA MEJOR OPCIÓN DE MANEJO, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN LOS ESFUERZOS DE AUTOCUIDADO COMO PREDICTORES DE ÉXITO DE LA INTERVENCIÓN.**

La cirugía bariátrica, como se mencionó anteriormente, es un procedimiento programado y diferible para el que se requiere cumplir con unas condiciones mínimas previas que, de acuerdo a la ruta establecida en Compensar EPS, son evaluadas en la Junta de Cirugía Bariátrica a la que es presentado el paciente y, de acuerdo al concepto de los médicos especialistas que hacen parte del Programa de Obesidad, se emite un concepto individualizado y enfocado a la situación de cada paciente.

Dicho todo lo anterior... resulta preciso hacer especial énfasis en que EL PROCEDIMIENTO QUIRURGICO DEPRECADO POR EL ACCIONANTE NO HA SIDO PRESCRITO POR SUS MÉDICOS TRATANTES, siendo este, en virtud de la autonomía médica, un requisito sine qua non, para validar su autorización.

Bajo esta óptica, es válido señalar que el accionante se encuentra en tratamiento a través del programa de obesidad ofertado por esta EPS, en virtud del cual ha recibido valoraciones por diferentes especialidades médicas como endocrinología, nutrición, neurología y psiquiatría entre otras, **quienes de acuerdo con las historias clínicas recientes, a la fecha, no han considerado la práctica del procedimiento denominado cirugía bariátrica.**

Para el presente caso, es a los médicos tratantes a quienes les corresponde definir el manejo adecuado para la patología padecida por el accionante, y en este sentido, se reitera que a la fecha no existe ordenamiento médico frente a la práctica del procedimiento denominado cirugía bariátrica que el accionante pretende le sea autorizado. En este escenario Señor Juez, es preciso que se tenga en cuenta que autorizar de oficio un procedimiento que no ha sido ordenado por los médicos tratantes del paciente, dado sus múltiples comorbilidades, puede ocasionar serios e irremediables perjuicios a su estado actual de salud.

En síntesis... el Sistema de Salud no funciona con la autorización de servicios a solicitud de los pacientes, sino con la dispensación de los servicios ordenados por los médicos tratantes. Como se reitera, para el presente caso no ha sido ordenada la realización del procedimiento de cirugía bariátrica a favor del accionante.

Por el contrario Señor Juez, lo que fue ordenado por los médicos tratantes del Señor ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRIGUEZ fue su remisión a una junta médica de especialistas a efectos de que su caso se valorado por un equipo interdisciplinario que decida cuál es el manejo quirúrgico adecuado. En consecuencia, esta EPS dispuso la inclusión del paciente en la junta médica de cirugía bariátrica que tendrá lugar el próximo 19 de agosto de 2020.

5.2. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Se deja constancia por el Despacho que el organismo vinculado – SUPERSALUD - no se pronunció respecto de esta acción de tutela, a pesar de habersele notificado conforme se dispuso en el auto admisorio del 09 de Julio de 2020

5.3. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) – ADRES

JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, obrando como apoderado de la entidad vinculada, inicia su intervención trayendo a colación el marco normativo que rige a su prohijada, así como la reseña de los derechos fundamentales invocados por el accionante, funciones de las EPS, oberturas de procedimientos, servicios, medicamentos, presupuesto máximo y la facultad del recobro por servicios no PBS.

Seguidamente, solicita al Despacho la desvinculación de la entidad que representa por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues argumenta que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a su entidad.

Así mismo, solicita negar la facultad de recobro, toda vez que mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020, la ADRES ya transfirió a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud. Adicionalmente, solicita ABSTENERSE de vincular a la ADRES en las siguientes oportunidades que traten asuntos relacionados con temas de prestación de servicios, en razón al cambio normativo, puesto que la EPS ya cuenta con los recursos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Señala que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud 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.

Informa que para el caso concreto, sobre la realización de la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia que requiere el accionante de acuerdo con su patología, se pone de presente que el procedimiento no está financiado con recursos de la UPC, pero a pesar

de ello se encuentra dentro del presupuesto máximo reconocido a la EPS, por lo que **ADRES** no tiene incidencia alguna en la financiación o reconocimiento del mismo.

5.4. SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud, doctora BLANCA INÉS RODRÍGUEZ GRANADOS da contestación solicitando la desvinculación de su mandataria en razón a que la Secretaría no es la llamada a suministrar los servicios que requiere el Accionante, por ende, no hay violación a derecho fundamental alguno.

Así mismo manifiesta que, la Secretaría procedió a consultar al profesional de la salud adscrito a su entidad sobre la acción de tutela en cuestión, quien indicó: *“USUARIO CON OBESIDAD SEVERA PESO 109,3 K Y TALLA 177 DEBIDO A EXCESO DE CALORIAS... EL PROCEDIMIENTO DE CIRUGIA BARIATRICA SLEEVE GASTRICO TIENE CODIGO CUPS 438102... EL PROCEDIMIENTO PARA LA PATOLOGIA QUE PRESENTA EL USUARIO, NO ESTA INCLUIDO EN EL PLAN DE BENEFICIOS A GARANTIZAR POR LA EPS DE ACUERDO A LO DISPUESTO EN LA RESOLUCIÓN 3512 de 2019, POR LO ANTERIOR REQUIEREN DEL PROFESIONAL MEDICO EN CUMPLIMIENTO DE LA Res 00532 de Feb 28 de 2017 DE REPORTAR SU FORMULACIÓN A TRAVES DE LA PLATAFORMA TECNOLOGICA MIPRES DISEÑADA POR EL M.S.P.S PARA LAS PRESTACIONES NO CUBIERTAS POR EL PBSUPC (MEJOR CONOCIDO COMO EL POS) **QUE UNA VEZ LA JUNTA MEDICA DE COMPENSAR LO ORDENE** SERÁ OBLIGATORIA SU DISPENSACION POR LA EPS-C A TRAVES DE SU IPS CONTRATADA A CARGO DE LOS RECURSOS DADOS POR EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL MEDIANTE LAS RESOLUCIONES 205 Y 206 DE 2020.*

***COMO NO TIENE NI ORDEN MEDICA PARA CITA DE JUNTA, NI REUNION DE JUNTA MEDICA, DEBE SOLICITAR INICIALMENTE LA CITA MEDICA POR ENDOCRINOLOGIA** QUE PARA EL CASO Y DE ACUERDO A LO DISPUESTO EN LA CIRCULAR EXTERNA No.0035 de 2018 DEL MINISTERIO DE SALUD LA EPS DEBE ASUMIR SUS OBLIGACIONES INDELEGABLES DE ASEGURAMIENTO...”* (Resalta el Despacho).

CONSIDERACIONES:

A) COMPETENCIA DEL DESPACHO

De conformidad con lo previsto en el artículo 2º y 86 de la Constitución Política en consonancia con los artículos 37º y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991: Artículo 1º numeral 1º inciso 3º del Decreto 1382 de 2000; artículo 2.2.3.1.2.1 numeral 1º sección 2ª capitulo 1º titulo 3º del Decreto 1069 de 2015 modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017: *“ (...) Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los Jueces Municipales (...)”* El Juzgado tiene competencia para conocer y fallar el presente asunto.

B) PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO Y ESQUEMA DE RESOLUCIÓN

Le corresponderá a este Despacho determinar si la accionada **COMPENSAR E.P.S.**, con su actuación u omisión vulnera o amenaza conculcar los derechos constitucionales fundamentales a **i) la vida, ii) la Salud, iii) la Integridad personal, física y psicológica, y iv) la Seguridad Social** del Accionante **ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRÍGUEZ**, al negarle la práctica de la cirugía denominada **BARIATRICA (BYPASS GÁSTRICO POR**

LAPAROSCOPIA) con los médicos tratantes, al negarle los exámenes diagnósticos (pre y post quirúrgicos), al negarle los procedimientos que durante el proceso de cirugía resultasen necesarios y las operaciones que por motivo de la obesidad se requieran posteriores a la cirugía, al negarle los medicamentos necesarios durante y posterior a la Cirugía y al negarle el tratamiento integral para terminar con éxito los controles posteriores a la cirugía. Todas ellas, peticiones que solicita el Accionante y por las cuales (peticiones), considera **OROZCO RODRÍGUEZ** violados sus derechos que ameritaron la interposición de esta acción.

El Juzgado para decidir la concesión o no, de la acción, evaluará las peticiones del Accionante, con relación a la cirugía por la que está requiriendo, con las razones médico-científicas que aduce la entidad Accionada (**COMPENSAR E.P.S.**), para no autorizar, por ahora, la práctica de la cirugía que solicita el Accionante y todos los demás requerimientos, procedimientos y medicamentos que pide, para superar la vulneración de los derechos fundamentales, que sostiene desconocidos por la citada Accionada.

Ese es el problema a solucionar este Despacho, que surge por la interposición de la acción constitucional que aquí se resuelve.

C) NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA- PROCEDENCIA- SUBSIDIARIDAD- MECANISMO TRANSITORIO-PERJUICIO IRREMEDIABLE-

➤ **Naturaleza Jurídica**

Sabido es que el Constituyente de 1991 en el artículo 86 consagró como un mecanismo eficaz para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando quiera que estos hayan sido vulnerados por las autoridades públicas o por los particulares, un trámite especial, como lo es la Acción de Tutela, siendo su naturaleza de tipo restrictivo, procedente ante la ausencia de otros medios de tipo judicial para defenderse.

➤ **Improcedencia**

Así pues, el Decreto 2591 de 1991 reglamentó la acción de tutela, disponiendo en su artículo 6º las “Causales de improcedencia de la tutela” así:

“ARTÍCULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. *La acción de tutela no procederá:*

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante...” (...)

En este sentido se tiene pues, que la Acción de tutela no puede ser utilizada para reemplazar otras acciones o procedimientos administrativos para la defensa de derechos, dado su carácter subsidiario residual, así lo ha sostenido la Honorable Corte Constitucional¹:

“ 3.3.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera reiterada y uniforme, que la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial dotado de un carácter subsidiario y residual, en virtud del cual, es posible, a través de un procedimiento preferente y sumario, obtener el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten

¹ Sentencia T-022 de 2017 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez

vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos expresamente previstos por el legislador.

3.3.2. El carácter subsidiario y residual, significa entonces que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. A este respecto, el artículo 86 de la Constitución Política señala expresamente que “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

3.3.3. Bajo esa orientación, se entiende que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”

3.3.4. Así las cosas, los conflictos jurídicos en los que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben ser resueltos a través de los distintos medios ordinarios de defensa previstos en la ley para estos efectos, y solo ante la ausencia de dichos mecanismos o cuando los mismos no resulten idóneos o eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable es procedente acudir, de manera directa, a la acción de tutela. (...).”

➤ **Carácter subsidiario y residual**

Así las cosas, a la acción de tutela la inspira un carácter eminentemente residual o subsidiario, es decir, esta acción constitucional ha de representar “*la última ratio*” para la persona que busca la protección de sus derechos fundamentales por esta vía. En resumen, el amparo que provee la acción de tutela, por regla general, solo resultará procedente cuando no se encuentre en el ordenamiento otro mecanismo idóneo para la defensa de los derechos “*iusfundamentales*” en juego.

Es decir, la acción de tutela solo puede interponerse cuando se hayan agotado todos los mecanismos ordinarios establecidos para defender los derechos fundamentales, excepto, cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. Así lo ha expresado la Corte Constitucional T-480 de 2011, MP. Luís Alberto Vargas Silva, Exp. T-2972157:

“(....) el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental.

En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo. (...).”

Recientemente la Corte Constitucional al reiterar la característica residual de la acción de tutela y el requisito de subsidiariedad que se encuentra inmerso en ella, señaló a través de la sentencia T-325 de 2018, lo siguiente:

“15. Como se señaló anteriormente, la acción de tutela es un mecanismo creado para la protección inmediata de un derecho fundamental que se encuentra vulnerado o en riesgo de serlo. Sin embargo, es una herramienta residual que no puede reemplazar los medios judiciales ordinarios para resolver controversias jurídicas y se convierte en un instrumento supletorio cuando no se han empleado oportunamente dichos medios, salvo que no resulten idóneos ni eficaces para amparar las garantías constitucionales. Ahora bien, se puede utilizar como mecanismo transitorio de protección de derechos cuando se está ante un perjuicio irremediable que hace urgente la intervención del juez constitucional”.

Dicho de otra forma, siempre que se encuentre probado una circunstancia fáctica que amerite la protección de los derechos fundamentales so pena de sufrirse un perjuicio de carácter irremediable, deberá el Juez constitucional acceder al amparo solicitado por vía de tutela, no obstante que existan otros mecanismos judiciales.

➤ **Perjuicio irremediable**

Sin embargo, aunque existan eventos en que se cuente con otros mecanismos judiciales para lograr la protección de un derecho fundamental, en ocasiones otros resultan no ser idóneos para tal fin. Es en dichos eventos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha avalado el uso de la acción de tutela siempre que se logre demostrar por parte del Accionante, que existe la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable.

Debe tenerse en cuenta que *“la mera afirmación de que se está sufriendo un perjuicio irremediable o de que el medio judicial ordinario es ineficaz, no basta para declarar la procedencia de la acción de tutela pues el accionante debe, al menos, mencionar los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable o la ineficacia del medio ordinario de defensa...”* Sentencia T-210 de 2011. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

Dada la necesidad de establecer si se está o no, ante un perjuicio de dicho carácter para que la tutela sea procedente como mecanismo transitorio, aunque existan otras vías judiciales, la Corte Constitucional en sentencia T-1316 del 2001. MP. Rodrigo Uprimny Yepes, precisó el concepto de “perjuicio irremediable” en los siguientes términos:

“...En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestre, tomando en cuenta, además la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio debe ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de una determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

D.) DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS COMO VIOLADOS.

A la vida

“Artículo 11°: *El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.*

A la Salud

“Artículo 49. *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”.

Integridad Personal, física y psicológica

“Artículo 5°. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, concordante con los artículos 12° y 21° de la Constitución Nacional.

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.*

Seguridad Social

“Artículo 48°: *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”.*

E.) PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL CASO

❖ Del Derecho Fundamental a la Salud.

La Corte Constitucional se ha referido en múltiples fallos, sobre el derecho constitucional a la salud, siendo uno de ellos, el contenido en la sentencia T-760 de 2008, siendo Magistrado Ponente el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, que establece:

*“Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que **la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos.** No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual, extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales. En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer “(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las*

políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.” Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la ‘dignidad humana’, “(...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.”

El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.

Finalmente, se insiste en que en la presente sentencia la Sala de Revisión no entra a establecer en detalle el alcance y contenido del concepto de derecho fundamental, en general, ni con relación al caso concreto de la salud. Partirá de la decisión de varias Salas de Revisión de la Corte Constitucional, así como de la Sala Plena, de reconocer el derecho a la Salud como un derecho fundamental. En esta sentencia la Sala se detendrá en las implicaciones que se derivan de reconocer la fundamentalidad del derecho a la salud, en especial en lo que respecta a las fallas en la regulación de su sistema de protección.

Ahora bien, uno de los aspectos en los que la jurisprudencia constitucional ha avanzado, es en el de señalar que reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.

La jurisprudencia constitucional señaló tempranamente que la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defender el derecho a la salud.

El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. *Es 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 en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.....”*

❖ **De los límites al derecho a la salud. Ejemplos de limitaciones.**

La Corte Constitucional ha establecido a través de su jurisprudencia límites del derecho a la salud, ya que considera que no es un derecho absoluto. La sentencia T-760 de 2008, siendo Magistrado Ponente el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, establece algunas de estas limitantes, cuando establece:

*“Como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela. Por ejemplo, la Corte ha negado los servicios estéticos. **Si bien la obesidad puede en el largo plazo tener consecuencias para la salud de una persona, cada individuo también tiene el deber de cuidar de su salud y por lo tanto, de velar por prevenir las enfermedades***

que se derivan del sobrepeso. Sólo cuando la obesidad llega a un grado tal que los peligros para la vida y la integridad de una persona se vuelven ciertos y difícilmente reversibles mediante una dieta, la cirugía prescrita por el médico tratante adquiere una relevancia constitucional que ha conducido a conceder la tutela. Lo mismo se ha aplicado a los tratamientos odontológicos, en la medida en que una buena dentadura o una dentadura completa son deseables, pero distan de ser necesarias para preservar la vida o la integridad personal o de ser indispensables para que se pueda vivir dignamente. Inclusive la Corte ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad. La lista de ejemplos de servicios de salud que la Corte ha admitido que sean excluidos del POS - y no autorizados, así el médico tratante los haya prescrito - podría continuar; pero no es necesario describir exhaustivamente todos los tipos de casos en los cuales se ha admitido que el derecho a la salud tiene límites, razonables y justificados constitucionalmente.....” (Lo subrayado y negrilla del Juzgado).

❖ **El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo.**

Conocido es por la Jurisprudencia, que el Juez no puede reemplazar el criterio médico-científico del médico tratante, en cuanto se refiere a autorizar un tratamiento o procedimiento quirúrgico y mal puede el juez, acoger una petición en tal sentido, por un paciente o tutelante que pide tal intervención quirúrgica. Al respecto, en sentencia T-760 del 311 de Julio de 2008, siendo Magistrado Ponente el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, estableció lo siguiente:

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.

No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’, incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo.

La jurisprudencia constitucional ha tutelado el derecho a la salud cuando el servicio se ‘requiere’, por ser ordenado por el médico tratante, pero no así cuando

el servicio es 'útil' y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable. En tal evento, por ejemplo, ha fijado un límite al derecho.

Ahora bien, en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud.....” (La negrilla y subrayado es del Juzgado).

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

En sentencia T-1078 del 13 de diciembre de 2007, siendo Magistrado Ponente el Dr. Humberto Porto Sierra, se hizo un claro pronunciamiento acerca de la cirugía bariátrica por laparoscopia, que bien vale la pena reseñar en este momento y como fundamento del fallo a proferir en esta acción constitucional. Dijo el fallo en comentario:

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

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

Adicionalmente, debe demostrarse que el diagnóstico y solicitud de práctica del procedimiento han sido proferidos por los médicos vinculados a la EPS, también debe acreditarse que no existe otro tratamiento capaz de evitar el daño a la vida. Finalmente, debe quedar claro que la persona no cuenta con los medios económicos para sufragar el tratamiento, bien sea directamente o por medio de mecanismos de financiación no confiscatorios que cubran este riesgo. En los casos en los cuales no se reúnen los anteriores criterios se ha denegado la práctica del amparo solicitado.

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

F.) EL CASO CONCRETO-DECISIÓN

El Despacho, de conformidad con los documentos aportados por **ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRÍGUEZ** como los aportados por la accionada

COMPENSAR E.P.S., junto con sus autorizados conceptos médicos expuestos en la contestación de esta acción constitucional y teniendo de presente los conceptos que expuso en la respuesta a su vinculación a esta acción, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) – ADRES**, y los expuestos por la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**, concluirá como impróspera o improcedente la acción de tutela que se analiza y se abstendrá de conceder los amparos a los derechos fundamentales pedidos y que se alegan y sostienen como vulnerados por **COMPENSAR E.P.S.**, por las siguientes razones o motivos:

- ✓ Como se ha mencionado a lo largo de este fallo constitucional, para que pueda proceder la tutela como mecanismo transitorio, se hace necesario que con los hechos u omisiones realizados por la entidad Accionada, se pueda causar un perjuicio irremediable y afectar derechos fundamentales, como a la salud y a la vida, ya que el accionante no cuenta con otros medios legales o judiciales para la satisfacción de sus derechos o para evitar un daño irreparable, eso sí, con las excepciones que por vía jurisprudencial se han permitido.
- ✓ Ha pedido el Accionante **OROZCO RODRÍGUEZ**, tanto a **COMPENSAR E.P.S.**, como a este Fallador Constitucional, se autorice como primera y principal solicitud, la práctica de una cirugía bariátrica, por padecer de una obesidad mórbida, que además le causa otras enfermedades a raíz del sobrepeso que representa tal obesidad. Insiste en el hecho de que la requerida cirugía no le ha sido autorizada por la entidad Accionada (**COMPENSAR E.P.S.**), a pesar de haber disminuido de peso en cerca de 5 Kilos, que fue lo exigido por la Accionada para proceder al procedimiento quirúrgico que requiere.
- ✓ Pero exigida una respuesta a este requerimiento, por parte de la entidad accionada, manifestó en primer término que, “.....la cirugía bariátrica no es la primera instancia para resolver el problema de obesidad ya que, como se mencionó anteriormente, la patología es el resultado de un proceso crónico y acumulativo en donde intervienen muchos factores, motivo por el cual el procedimiento quirúrgico, en caso de indicarse, **NO ES URGENTE NI VITAL** (se considera un procedimiento opcional que se programa de manera ambulatoria).....”.
- ✓ Primer aspecto a tener en cuenta el Despacho para no acceder al pedimento del Accionante **OROZCO RODRÍGUEZ**. La cirugía que pide con insistencia el Accionante, no es la solución al problema de obesidad que sufre dicho peticionario. En segundo lugar y como aspecto de primordial trascendencia, tiene que ver con el hecho de no ser un procedimiento urgente ni vital (que signifique un peligro para la vida, el no llevar a cabo tal cirugía). Bastarían esas motivaciones para hallarle razón y justificación a la Accionada (**COMPENSAR E.P.S.**), para haberle negado la cirugía requerida.
- ✓ Pero existen otras varias razones que acompañan la decisión de **COMPENSAR E.P.S.**, de abstenerse de autorizar la cirugía bariátrica al Accionante **OROZCO RODRÍGUEZ**. Es que manifestó la citada entidad Accionada, que previo a la consideración de la intervención quirúrgica se debe realizar todo un procedimiento programado y diferible que se requiere para cumplir con unas condiciones mínimas a ser evaluadas por una “Junta de Cirugía Bariátrica”, que decide la autorización del procedimiento quirúrgico.
- ✓ Pero para acudir a evaluación de la “Junta de Cirugía Bariátrica”, se requiere observar el procedimiento previo establecido por el grupo de médicos especializados en el tratamiento de enfermos por obesidad y que exigen esta cirugía como solución a su problema de obesidad. Es lo que la Entidad Accionada denominó como **ABORDAJE DE LA PATOLOGÍA CON PARTICIPACIÓN MULTIDISCIPLINARIA DE VARIOS MÉDICOS ESPECIALISTAS** (endocrinólogos, nutricionistas, psiquiatras, neurólogos, ortopedistas, y varios otros médicos de otras especialidades).
- ✓ De lo manifestado por quien conoce científica y medicamente la enfermedad, el Juzgado tiene por comprobado que al paciente y Accionante **OROZCO**

RODRÍGUEZ, ya le iniciaron tal procedimiento multidisciplinario, previo a la evaluación de la “Junta de Cirugía Bariátrica”, y prueba de ello, los distintos exámenes médicos que se anexaron a la respuesta de esta acción constitucional, practicados al paciente **OROZCO RODRÍGUEZ**.

- ✓ Pero aun existe otro procedimiento previo a la evaluación mencionada y fue la inclusión al paciente **OROZCO RODRÍGUEZ**, al “Programa de Obesidad” que maneja la entidad Accionada **COMPENSAR E.P.S.**, donde se realizan diferentes valoraciones con el fin de garantizar un adecuado y eficiente manejo de la enfermedad (obesidad mórbida grado 2).
- ✓ Este programa exige una participación activa y decidida del paciente (autocuidado, ejercicio, dieta, etc.), que culmina con la aprobación de todos los especialistas (manejo multidisciplinario) que conformaron el grupo que maneja el “Programa de Obesidad”, para poder llevar al paciente a la evaluación de la “Junta de Cirugía Bariátrica”, que será la que decidirá la autorización de la cirugía o por el contrario, si se continúa con algún tratamiento para disminuir el sobrepeso del paciente (y aquí Accionante).
- ✓ Todo el procedimiento expuesto, se ha observado con el Accionante **ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRÍGUEZ**, y así se ha podido comprobar con los documentos allegados por **COMPENSAR E.P.S.**, quien ha expresado que se le han hecho todos los exámenes clínicos y médicos a dicho paciente, a tal punto que se encuentra en el “Programa de Obesidad”, al frente de varios médicos especialistas, que le dan un manejo adecuado y científico a este primer proceso que se adelanta con el Accionante **OROZCO RODRÍGUEZ**. Lo ratifica el apoderado de **COMPENSAR E.P.S.**, cuando expresa que le han brindado al Accionante, todos los servicios médicos que ha requerido y solicitado dicho paciente.
- ✓ Finalizado este primer proceso (“Programa de Obesidad”), y de ser aprobado satisfactoriamente por el Accionante, se presenta el caso (solicitud de cirugía bariátrica) a la “Junta de Cirugía Bariátrica”, quien evaluará la opción del procedimiento quirúrgico requerido (oyendo previamente a los médicos especialistas que hacen parte del “Programa de Obesidad”). Para el Despacho, la entidad Accionada ha seguido rigurosamente el plan o programa trazado, como quiera que ya señaló fecha para la evaluación de la “Junta de Cirugía Bariátrica”, para el **19 de agosto de 2020**.
- ✓ Como el Despacho ha podido concluir y siguiendo las directrices de la Corte Constitucional en lo que hace relación a que El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, es a los médicos y más que todo al tratante y al especialista, a quien le compete en forma exclusiva determinar y decidir el procedimiento quirúrgico más adecuado y necesario para el paciente, en el presente evento, se ha demostrado plenamente y con suficiencia, que la entidad Accionada **COMPENSAR E.P.S.**, ha seguido todos los procedimientos para determinar científica y médicamente, si el paciente y Accionante requiere la intervención quirúrgica que pide.
- ✓ No se demuestra omisión alguna por parte de **COMPENSAR E.P.S.**, que vulnere el derecho a la salud y a la vida del Accionante **OROZCO RODRÍGUEZ**, y antes por el contrario, se comprueba el profesionalismo y el conocimiento médico para decidir la autorización de la cirugía bariátrica solicitada, ya que no es simplemente que el paciente la pida, para que el médico o la institución médica o clínica, la autorice o acudir a la tutela para que el Fallador Constitucional la autorice (en reemplazo del médico tratante y especialista).
- ✓ Autorizados u ordenados por sus médicos tratantes, pero que a diferencia de lo informado por el señor **OROZCO RODRÍGUEZ**, la cirugía que intenta se le autorice a través del Juez Constitucional **NO ha sido ordenada por ningún galeno**.
- ✓ No ahonda este Despacho en el análisis de las otras peticiones del Accionante, (exámenes diagnósticos, pre y post quirúrgicos, procedimientos que durante el

proceso de cirugía resultasen necesarios, las operaciones que por motivo de la obesidad se requieran posteriores a la cirugía, los medicamentos necesarios durante y posterior a la Cirugía y tratamiento integral para terminar con éxito los controles posteriores a la cirugía), toda vez que la acción de tutela no está instituida para proteger violaciones o vulneraciones a derechos constitucionales resultantes de “hechos futuros, eventuales, hipotéticos y/o aleatorios”, lo que resultaría notoriamente improcedente.

- ✓ De otro lado y con relación a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) – ADRES**, y a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**, este Despacho las desvinculará de esta acción, ya que se ha comprobado plenamente que el actuar de tales Organismos no han desconocido o violado ningún derecho fundamental del Accionante, tipificándose la ilegitimidad material por pasiva de esas entidades.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIUNO (21) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D. C.**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social del Accionante **ROBINSON EDGARDO OROZCO RODRÍGUEZ** y que alega y afirma vulnerados por **COMPENSAR E.P.S.**, por los argumentos expuestos en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD; ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) – ADRES**, y **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** de esta acción de tutela, por las razones que se dejaron expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR en legal forma esta decisión tanto a las partes como a las entidades desvinculadas, tal lo disponen los artículos 3° y 5° de los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 respectivamente.

CUARTO: Contra esta sentencia procede la **IMPUGNACIÓN** dentro de los tres días hábiles siguientes a su notificación. Disponer que, en caso de no ser impugnada, se envíe el expediente para su eventual revisión ante la Corte Constitucional de conformidad con el artículo 33° del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



**MYRIAM GONZALEZ PARRA
JUEZ**