

JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Bogotá D. C., diecisiete de marzo de dos mil veinte

REFERENCIA. Acción de Tutela No. 2020-00172
De. *Guillermo Enrique Gutiérrez Caro*
Contra. *Compensar EPS*

Se resuelve mediante esta providencia la acción de tutela de la referencia, presentada por el accionante para la protección de los derechos fundamentales que invocó en el escrito de tutela.

I. ANTECEDENTES

Guillermo Enrique Gutiérrez Caro formuló acción de tutela en contra de *Compensar EPS* con fundamento en los hechos que a continuación se sintetizan:

- Que se encuentra afiliado a *Compensar EPS* desde el 19 de enero de 2016 y actualmente sufre de *artrosis severa de cadera*, enfermedad que le genera una incapacidad permanente.

- Que el 23 de julio de 2018 fue remitido a junta de reemplazos articulares, la cual no le ha sido practicada a la fecha, y requiere para que le sea programada cirugía de reemplazo articular de cadera derecha.

- Que cumple con todos los requisitos y ha acatado todas las instrucciones impartidas por los médicos tratantes para acceder al reemplazo de cadera, el cual le está siendo negado.

- Que sufre de intenso dolor permanente, además de lesiones mayores en rodillas debido a la marcha antálgica, lesión en el tendón de Aquiles y está generando farmacodependencia, debido a los opiáceos formulados los cuales ya no surten los mismos efectos, por tratarse de un dolor agudo.

- Que el día 2 de septiembre de 2019, radicó derecho de petición ante la EPS, solicitando la autorización del procedimiento médico de reemplazo articular de la cadera derecha, recibiendo respuesta negativa. Así mismo, realizó solicitud de asignación de fecha para la junta médica la cual también le fue igualmente negada.

- Que el 13 de febrero del año en curso, fue remitido a consulta con el Dr. Javier Pérez Torres, médico cirujano, especialista en ortopedia quien concluyó "PLAN DE ESTUDIO Y TRATAMIENTO: REEMPLAZO TOTAL DE CADERA DERECHA".

-Que no cuenta con los recursos económicos para costear la cirugía que requiere, dependiendo económicamente de su compañera permanente, quien se desempeña como empleada doméstica.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce el accionante que la entidad accionada vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la igualdad.

III. PETICIÓN

La protección de los derechos relacionados en precedencia, y en consecuencia se ordene a la accionada incluirlo en *"...la próxima Junta de Reemplazos Articulares, la cual ha sido solicitada desde el día 23 de julio del año 2018, como paso previo a la realización de la cirugía de reemplazo articular de cadera.*

Así mismo *"Se ordene en forma inmediata... se realice el procedimiento recomendado por los médicos como REEMPLAZO TOTAL DE CADERA DERECHA"*

Y finalmente que: *"Se ordene... sean prestados todos los servicios accesorios y posteriores a la cirugía enunciada, a fin de poder recuperar en debida forma la movilidad y calidad de vida"*.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez asumido el conocimiento de la presente acción, mediante auto de fecha 6 de marzo de 2020 se admitió la tutela y se ordenó la notificación de *Compensar EPS*.

V. CONTESTACIÓN

Dentro del término otorgado para la contestación ***Compensar EPS***, solicitó negar el amparo constitucional deprecado por el accionante declarándolo improcedente, teniendo en cuenta que no existe una conducta por parte de dicha entidad violatoria de los derechos fundamentales invocados.

Adujó que el accionante se encuentra activo en el Plan de Beneficios de Salud de la *EPS Compensar* en calidad de cotizante independiente y se le han autorizado oportuna y completamente todos los servicios a que tiene derecho e incluso se le han aprobado servicios no incluidos en el POS.

Advirtió que el actor no cuenta con orden médica de reemplazo de cadera y actualmente está siendo evaluado en el ciclo de artrosis de alta severidad en la *IPS Rangel* con última consulta el 19 de febrero de 2020 con clínica del dolor.

Señaló que el actor debe someterse a una serie de valoraciones, previo a realizar el procedimiento médico requerido, debido a los riesgos y complicaciones de la cirugía, por lo cual se programó la junta de reemplazos para el 29 de abril de 2020, donde se definirá el manejo quirúrgico que requiere, la cual se realiza únicamente una vez al mes.

En virtud de lo anterior alegó que se configuró un hecho superado debido a la programación de la junta, y en tal sentido debe declararse en el fallo, máxime teniendo en cuenta que no se encuentra en riesgo el derecho fundamental alegado como vulnerado.

De la misma forma, realizó un relato de los pasos para generar un procedimiento quirúrgico de reemplazo, consistentes en: valoración por medicina general, posteriormente valoración con especialista, inicio de ciclo de *Osteoartrosis* el cual una vez finalizado se remite a Junta de Reemplazos conforme el criterio médico, y finalmente programación y realización de la junta, donde se define el manejo quirúrgico.

De otra parte, solicitó negar el tratamiento integral deprecado por el actor, teniendo en cuenta que se refiere a hechos futuros inciertos y que no hay evidencia de negación de servicios. Así mismo, señaló que no es posible suplir la orden de un médico tratante con la de un juez de la república y que el actor no cuenta con orden médica alguna con la que se pueda conminar a la accionada a otorgar determinado servicio médico como tratamiento integral.

Finalmente pidió en el evento de otorgar el tratamiento integral se module el fallo en el sentido de indicar que el mismo solo aplica para servicios médicos.

VI. CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política de 1991 en su artículo 86, establece la acción de tutela como un mecanismo constitucional de carácter excepcional para la protección de derechos fundamentales; prevé el artículo 86 ibídem que:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando

quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”

Se trata entonces de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza que obtendrá oportuna resolución, a la protección inmediata y directa del Estado, a objeto que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenazas de sus derechos fundamentales logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Nacional.

La finalidad de esa acción es lograr que mediante un trámite preferente y sumario, el juez profiera una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

2. Del caso en concreto

2.1. El problema jurídico se concreta en determinar si la presunta conducta omisiva de la accionada, relativa a la falta de programación y ejecución de la “*Junta de Reemplazos Articulares*”, para proceder a la autorización del “*Reemplazo total de cadera derecha*” que requiere el accionante, se constituye en vulneradora de los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela; así como determinar si su protección es susceptible de ser concedida a través de este mecanismo excepcional.

2.2. Vale recordar, como primera medida, que desde la sentencia T-760 de 2008¹, el derecho de acceso a la salud, entendido como una garantía compleja, es un reconocimiento fundamental aunque no está integrado expresamente al texto propio de la Constitución Política Colombiana. De manera que la salud como derecho superior, integra otras garantías constitucionales como la vida, la dignidad humana y la honra, Al efecto:

“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto

¹ Corte Constitucional, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna (...)”²

Más aún, para su defensa, es plenamente idónea la acción especial de tutela, conforme lo aclara la misma Corporación, al decir:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que *“son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”*, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, **la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.”**

2.3. Para resolver la cuestión es procedente traer a colación lo establecido en la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015, “Artículo 11. **Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.** Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”. (Subraya el juzgado)

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-266 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos, se refirió sobre la protección especial que le asiste a las personas de la tercera edad, para lo cual adujo:

² Destaca el despacho, Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, *Ibid.*

"A nivel jurisprudencial se ha reconocido una protección reforzada del derecho a la salud en las personas de la tercera edad que se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que requiera. Por ello frente a los adultos mayores, el Estado tiene el deber de garantizarles la atención integral en salud y ante un hecho de autoridad o de una entidad prestadora de los servicios de salud que desconozca este deber de protección especial la tutela es procedente".

Así mismo, en la sentencia de tutela T-056 de 2015 la Corte Constitucional adujo:

"Dado que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y las entidades prestadoras de salud están obligadas a prestarles la atención médica que requieran, la Corte ha considerado que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona de la tercera edad cuando niega un servicio, medicamento o tratamiento incluido o excluido del POS, cuya necesidad ha sido determinada por un médico o por la patología que padece resulta evidente. En efecto, la protección reforzada se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que el usuario requiera, lo cual implica, de ser necesario el suministro de medicamentos, insumos o prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud".

Es de resaltarse también, que tratándose de este grupo poblacional, debe realizarse una ponderación con menor estrictez de las normas aplicables para la concesión de tratamientos y medicamentos que conforman el Plan Obligatorio de Salud, en tanto debe propenderse primordialmente por la salud del paciente dada su condición de sujeto de especial protección constitucional.

Adicional a que la Corte Constitucional ha estimado que los adultos mayores se encuentra en una posición de debilidad manifiesta e indefensión, por lo que es indispensable otorgarles un trato preferente para evitar la posible vulneración de sus derechos fundamentales puesto que enfrentan el deterioro progresivo de su salud y el desgaste natural de su organismo y consecuencia de ello, sobrevienen diversas enfermedades propias de la vejez. Razón por la que el Estado debe protegerlos de la acción u omisión que amenace o vulnere sus derechos.³

2.4. Ahora bien, de la revisión del plenario se observa que el señor *Guillermo Enrique Gutiérrez Caro* es una persona de 71 años de edad (fl. 44), con diagnóstico actual de *"Artrosis de cadera (Coxartrosis) bilateral con coxalgia predominio derecho grado III"* y *"gonartrosis"*, (fl. 19), quién se encuentra desde el 23 de julio de 2018 a la espera de *"Junta de Reemplazos Articulares"* (fl. 8-9 y 43), para autorizar *"Reemplazo total de cadera derecha"*.(fl. 7).

³ Sentencia T-809 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha establecido que: “la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁴

Indicando también la Corte que, el principio de integralidad no significa que el interesado pueda pedir que se le suministren todos los servicios de salud que desee o estime aconsejables, sino que es el médico tratante adscrito a la correspondiente EPS el que determina lo que el paciente requiere, a fin de que le presten el servicio de salud ordenado por aquél de manera completa sin que tenga que acudir a éstas acciones para pedir el servicio de salud ya autorizado.

En efecto, este principio no implica que el paciente pueda solicitar que se le presten todos los servicios de salud que desee. Quien tiene la capacidad de definir cuáles procedimientos o medicamentos son requeridos por el usuario es el médico tratante adscrito a la EPS. Tampoco se da por cumplido con la aplicación de un tratamiento médico meramente paliativo, sino con la suma de todos los servicios requeridos para que el diagnóstico evolucione favorablemente.

2.5. En consecuencia, el caso bajo estudio debe analizarse teniendo en cuenta la calidad del accionante, que como adulto mayor es sujeto de especial protección constitucional. En dicho sentido, se advierte que el accionante desde el 23 de julio de 2018 ha estado en tratamientos paliativos y a la espera de la programación de la Junta de Reemplazos Articulares ordenada, que requiere para continuar con el manejo de su enfermedad, la cual a la fecha de presentación de la acción constitucional no le ha sido practicada, y es necesaria de acuerdo a los parámetros de la EPS accionada, para poder realizar el procedimiento recomendado por su médico tratante, consistente en *“Reemplazo total de cadera derecha”*.

2.6. En la contestación otorgada al presente amparo, la EPS accionada, manifestó que procedió a incluir al actor en la Junta de Reemplazos Articulares del próximo 29 de abril, en la cual se definirá el manejo quirúrgico del paciente, recalcando que se configura un

⁴ Sentencia T-1059 de 2006, M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández

hecho superado al respecto, así como, indicó que él paciente no cuenta con orden médica para el procedimiento solicitado en el escrito de tutela.

2.7. En cuanto al hecho superado la jurisprudencia constitucional ha considerado que carece de objeto impartir una orden encaminada a la consecución del fin pretendido, cuando ha desaparecido la causa que le dio origen a la solicitud. Al respecto, en sentencia T-011 de 2016, refirió:

“CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

El hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor. El daño consumado tiene lugar cuando “la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela”.

De conformidad con lo anterior, es claro que frente a la primera petición del accionante, relativa a ser incluido en la *Junta Reemplazos Articulares* la situación ya fue superada, por ende existe **carencia actual de objeto al respecto** y en tal sentido no hay lugar a impartir orden alguna.

2.8. Ahora bien, frente a la segunda petición del actor, la EPS accionada alega que no cuenta con orden médica para el procedimiento denominado *“Reemplazo total de cadera derecha”*.

Al respecto es preciso señalar que de la historia clínica del paciente (fl. 9 a 22), así como de su última valoración de fecha 13 de febrero de 2020 (fl. 7) y orden médica del 20 de enero de 2020 (fl. 43), se extrae que para el mes de julio de 2018, ya se le había diagnosticado la afección en la cadera, y por lo mismo, era candidato a la cirugía recomendada en varias oportunidades por sus médicos tratantes, sin embargo, si bien no fue ordenado el procedimiento directamente, de las manifestaciones del actor y la EPS accionada, se tiene que lo mismo no obedeció a la falta de necesidad de la cirugía, sino al cumplimiento de los parámetros establecidos por la entidad accionada, pues requiere primero de la junta y posteriormente de la autorización de la cirugía en la misma.

Por esta razón, se le expidieron órdenes para la realización de la *Junta de Reemplazos Articulares* y no directamente para la realización del *“Reemplazo total de cadera derecha”*, sin embargo, obsérvese que a folio 7 el médico tratante del accionante Dr. Javier Pérez Torres, estableció claramente el plan de estudio y tratamiento que requiere mencionando además: *“El paciente se encuentra severamente limitado debe ser revalorado por Rangel”* y posteriormente señaló *“el paciente será evaluado en el ciclo de atención integral de artrosis de alta complejidad de IPS Rangel, como parte de su preparación prequirúrgica a la programación de reemplazo articular a realizar. Será enviado nuevamente a consulta con el Dr. Javier Pérez después de la Junta de Reemplazo Articular en la cual le indicaran el mes en el que Compensar autorizará su procedimiento”*.

Así las cosas, vistos los documentos probatorios aportados, se tiene que el médico tratante realizó un diagnóstico al actor que apunta a la necesidad del *“Reemplazo total de cadera derecha del paciente”*. Por esta razón, si bien es cierto se hace necesario la realización de la junta para tomar la decisión final de practicar la cirugía y proceder a su autorización, también lo es que la dilación de la referida junta y la falta de actividad por parte de la EPS accionada impide que el procedimiento quirúrgico sugerido por el médico tratante se realice, debido al aplazamiento de la misma por trámites administrativos y por ello, no puede la accionada ponerse a salvo del deber de actuar con agilidad y pericia sobre la base de que no se ha cumplido con la formalidad de que haya orden de cirugía, máxime cuando la orden para la junta médica fue dada desde el 23 de julio de 2018.

Es cierto que el Juez no puede sustituir al médico, pero lo que se concluye en este asunto es que no se ha dispuesto en forma pronta y debida la realización de la Junta de Reemplazos Articulares y con ello se ha sometido al paciente a una afectación crónica que perturba de manera severa su salud. Dicha circunstancia, constituye una vulneración al derecho a la salud del accionante más aun cuando se trata de un adulto mayor por lo cual deberá tutelarse el derecho, para que se le realice la junta en la fecha programada y en las cuarenta y ocho horas siguientes a la misma, se le autorice el procedimiento que se defina de acuerdo con la prescripción dada por el médico tratante.

2.9. Con relación al tratamiento integral solicitado, teniendo en cuenta que la afección que padece restringe su movimiento y perturba su normal desempeño en las labores más simples y cotidianas, y que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, de conformidad con los parámetros de la Corte Constitucional se concederá el mismo, para la atención de su patología *“Artrosis de cadera (Coxartrosis) bilateral con coxalgia predominio derecho grado III”*, otorgando para el efecto todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, tratamientos, procedimientos, elementos e insumos que

sean necesarios, sin poner como obstáculos trámites administrativos, pues su enfermedad está afectando su vida en condiciones dignas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud y conexos del señor *Guillermo Enrique Gutiérrez Caro*, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

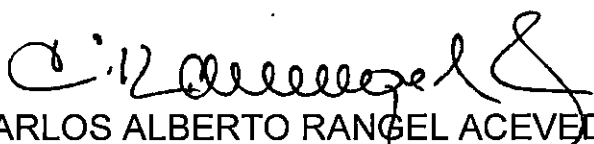
SEGUNDO: En consecuencia, ordenar a *Compensar EPS* que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la realización de la *Junta de Reemplazos Articulares* programada para el 29 de abril, se autorice la práctica del procedimiento que corresponda al señor *Guillermo Enrique Gutiérrez Caro*, de acuerdo con lo prescrito por el médico tratante *Dr. Javier Pérez Torres*, el cual deberá realizarse en un término no mayor a un mes.

TERCERO: Ordenar a *Compensar EPS*, que garantice el tratamiento integral que requiere al señor *Guillermo Enrique Gutiérrez Caro* para la atención de su patología "*Artrosis de cadera (Coxartrosis) bilateral con coxalgia predominio derecho grado III*", otorgando para el efecto todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, tratamientos, procedimientos, elementos e insumos que sean necesarios, sin poner como obstáculos trámites administrativos de índole económico o de cualquier otro tipo.

CUARTO: Notificar a las partes por el medio más expedito y eficaz, en los términos previstos por el art. 30 del Decreto 2591/91.

QUINTO: En caso de no ser impugnada, por secretaría, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, al tenor de lo dispuesto en el Inc. 2 del Art. 31 del Decreto 2591/91.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ALBERTO RANGEL ACEVEDO
Juez