

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2022-00691-00

ACCIONANTE: JOHAN SEBASTIÁN SANABRIA URIBE

ACCIONADOS: E.P.S. COMPENSAR

**VINCULADA: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES.**

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los veintisiete (27) días del mes de septiembre del año dos mil veintidós (2022) procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por **JOHAN SEBASTIÁN SANABRIA URIBE**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. COMPENSAR**.

RESEÑA FÁCTICA

Indica el accionante que desde el año 2017 presenta un cuadro de colitis ulcerosa, enfermedad crónica autoinmune que no tiene cura.

Que está siendo tratado con medicamentos inmunomoduladores, que reducen drásticamente la respuesta inmune del cuerpo para evitar la inflamación del colon.

Que se le han prescrito varios medicamentos como *Adalimumab*, *Vedolizumab* e *Infliximab*.

Que el primero de ellos no funcionó, el segundo falló a los meses y la enfermedad se reactivó.

Que se le recomendó cirugía de manga gástrica, para poder continuar con el tratamiento.

Que actualmente la enfermedad está siendo controlada con el medicamento *Infliximab* en altas dosis.

Que si el tratamiento continúa con ese medicamento existe riesgo que pueda dejar de hacer efecto en el mediano plazo.

Que tiene obesidad mórbida, debido a que el tratamiento se ha complementado con el suministro de corticoides a altas dosis.

Que se hace necesaria la práctica de la cirugía de manga gástrica porque si el medicamento *Infliximab* llegara a fallar, lo cambiarían al medicamento *Tofacitinib*, que es un biológico de última generación que aumenta el riesgo cardiaco; y se le tendría que practicar una colectomía, cirugía que sería de alto riesgo si se mantuviera obeso.

Que de acuerdo con el concepto de los médicos tratantes del grupo interdisciplinario de la Fundación Santa Fe de Bogotá, es urgente la práctica de cirugía de manga gástrica.

Que ha estado adelantando los trámites para la cirugía en la **E.P.S. COMPENSAR**.

Que ha tenido concepto positivo de las especialidades de nutrición y dietética, psiquiatría, psicología, gastroenterología, cirugía general y endocrinología.

Que su última cita fue con el Dr. Castillo, Jefe de endocrinología, quien dio concepto positivo para el procedimiento y emitió orden para Comité Médico del Grupo de Control de Peso de la **E.P.S. COMPENSAR**.

Que desde junio de 2022 radicó la orden médica ante la EPS y tiene conocimiento de que el concepto del Comité fue positivo, pero la accionada no se ha comunicado con él.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales, y se ordene a la **E.P.S. COMPENSAR** autorizar y practicar cirugía de manga gástrica o procedimiento quirúrgico equivalente, de acuerdo con lo conceptuado por el Comité Médico Interdisciplinario del programa de control de peso.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

E.P.S. COMPENSAR

La accionada allegó contestación el 19 de septiembre de 2022, en la que informa que, desde el proceso de la cohorte cardiovascular de la EPS, se adelantaron las gestiones pertinentes, a fin de determinar la situación actual de los servicios requeridos por el usuario, quienes indicaron que sería presentado en junta de cirugía el 21 de septiembre de 2022.

Que para la realización de cirugía bariátrica la EPS implementó una ruta especial para los pacientes con diagnóstico de obesidad, la cual consta de criterios de inclusión y requerimientos de seguimiento estricto, los cuales deben ser cumplidos en su totalidad por el paciente, así:

- 1. Ser mayor de 18 años.*
- 2. Tener un Índice de masa corporal mayor a 40 o mayor a 35 con una comorbilidad asociada.*
- 3. Tener registrado en la Historia Clínica como mínimo en 1 año las consultas por gestor de autocuidado, médico personal y nutrición en la unidad básica de atención que demuestren adherencia por parte del paciente a la intervención y efectos sobre su peso.*
- 4. Posterior al seguimiento: Los únicos facultados para, de acuerdo criterios establecidos, direccionar a la Junta de Cirugía Bariátrica, son los Endocrinólogos.*
- 5. Con el aval de endocrinología y psiquiatría se presenta en la junta de obesidad en la cual el equipo multidisciplinario, compuesto por cirujano bariátrico, endocrinólogo y psiquiatra, toma la decisión de aprobar o no la cirugía.*

Que es importante que el paciente mantenga hábitos saludables, ya que al momento de la exposición del caso se evaluará su peso actualizado como predictor de éxito para la cirugía.

Que la cirugía bariátrica no es la primera instancia para resolver la obesidad, pues éste es un proceso crónico y acumulativo de hábitos inadecuados y vida sedentaria, cuando no se tiene identificada una causa.

Que el área de autorización de servicios informó que al accionante se la ha brindado la atención requerida de manera oportuna e integral, sin que a la fecha exista orden médica pendiente de ser tramitada.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela, por inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

La vinculada allegó contestación el día 21 de septiembre de 2022, en la que, frente al caso concreto, manifestó que es función de la EPS, y no de la ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la presunta vulneración de derechos fundamentales se

produciría por una omisión no atribuible a esa entidad, configurándose una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Conforme a lo anterior, solicita ser desvinculada del presente trámite, y no acceder a solicitud de recobro por parte de la EPS, pues los servicios, medicamentos o insumos se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En concordancia con los hechos que fundamentan la acción de tutela, corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿La **E.P.S. COMPENSAR** ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del señor **JOHAN SEBASTIÁN SANABRIA URIBE**, al no haber autorizado y practicado el procedimiento quirúrgico de *manga gástrica* o equivalente, de acuerdo con lo conceptualizado por el Comité Médico Interdisciplinario del programa de control de peso?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, 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 éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, 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.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social y la define como: *“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”*.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: *“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 (...)”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como *derecho* y otra como *servicio público* a cargo del Estado¹. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de *continuidad, integralidad e igualdad*; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la **Ley Estatutaria 1751 de 2015** el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

Para efectos de esta sentencia, se ahondará en los *principios de continuidad, oportunidad e integralidad*, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto.

¹ Sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002.

El principio de **continuidad** implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que *“una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente”*². La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación³.

Por su parte, el principio de **oportunidad** se refiere a *“que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado”*⁴. Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos⁵.

Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del principio de **integralidad**, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones⁶.

De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las EPS recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

Con todo, es necesario advertir que el concepto de integralidad *“no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a*

² Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015.

³ Sentencias T-586 de 2008, T-234 de 2013, T-121 de 2015, T-016 de 2017 y T-448 de 2017.

⁴ Sentencia T-460 de 2012, reiterada en la Sentencia T-433 de 2014.

⁵ Sentencia T-121 de 2015.

⁶ Sentencia T-121 de 2015.

lo que establezca el diagnóstico médico”⁷, razón por la cual, el juez constitucional tiene que valorar -en cada caso concreto- la existencia de dicho diagnóstico, para ordenar, cuando sea del caso, un tratamiento integral⁸.

EL MODELO DE EXCLUSIONES EXPRESAS PREVISTO EN LA LEY 1751 DE 2015 FRENTE A LA PRESTACIÓN Y SUMINISTRO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD

En la Sentencia **SU-508 de 2020**, la Corte Constitucional se encargó de establecer las diferencias entre el modelo *POS* previsto en la Ley 100 de 1993 y el *PBS* de que trata la Ley 1751 de 2015, resaltando que, la más importante de ellas corresponde al cambio de modelo que, en materia de suministro de servicios y tecnologías en salud, prevé uno y otro. El primero, se rige por un sistema de inclusión y exclusión expresa, al cual la jurisprudencia añadió la categoría de *inclusiones implícitas*; mientras que el segundo, que es el que está vigente, se rige por un sistema de exclusiones explícitas en el cual *“todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido”*.

Al respecto, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece tanto una regla general de inclusión de servicios y tecnologías, como una restricción al derecho fundamental a la salud al señalar que ciertos servicios y tecnologías no serán sufragados con los recursos públicos destinados a la salud; ello con la finalidad de garantizar la sostenibilidad del Sistema. Para la Corte, dicha restricción es constitucional en tanto la misma está condicionada al cumplimiento de tres requisitos, a saber:

1. Las exclusiones deben corresponder a alguno de los criterios fijados por el legislador, esto es:

“a) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
b) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
c) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
d) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
e) que se encuentren en fase de experimentación y,
f) que tengan que ser prestados en el exterior.”⁹

2. Los criterios deben concretarse en una lista de exclusiones, para lo cual, el inciso 3 del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece que el Ministerio de Salud deberá excluir expresamente los servicios y tecnologías que se adecúen a alguno de los anteriores criterios enunciados mediante un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En la actualidad, los servicios y tecnologías en

⁷ Sentencia T-036 de 2017.

⁸ Sentencia T-092 de 2018.

⁹ Artículo 15 Ley 1751 de 2015

salud excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud, se encuentran contenidos en **Resolución 2273 de 2021**.

3. Debe hacerse una verificación de cada caso, a efectos de determinar la posibilidad de excepcionar la aplicación de las exclusiones explícitas, a partir del cumplimiento de las siguientes reglas jurisprudenciales:

“(i) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

“(ii) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

“(iii) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

“(iv) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”

Ahora bien, establecido el sistema de exclusiones explícitas contenido en la Ley Estatutaria, la Corte precisó que, el inciso 1 del artículo 15, prevé como regla general la inclusión de los diversos servicios y tecnologías en salud, en aplicación de los principios de integralidad y progresividad, de manera que *“a) se entenderá que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del PBS, está incluido y; b) el Gobierno Nacional tienen la obligación de actualizar y ampliar la cobertura en materia de atención en salud”*.

AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD NO FINANCIADOS CON CARGO A LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN - UPC

En virtud del principio de integralidad, cuando el profesional de la salud determina que un paciente requiere la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, la EPS tiene el deber de proveérselos, sin importar que estén o no incluidos expresamente en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)¹⁰.

De manera reiterada, la Corte Constitucional ha señalado que la ausencia de inclusiones explícitas en el PBS no puede constituir una barrera insuperable entre los usuarios del sistema de salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las

¹⁰ Sentencias T-014 de 2017; T-314 de 2017; T-464 de 2018 y T-558 de 2018.

que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las EPS, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal, es el juez de tutela el llamado a precaver y remediar dicha situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se puedan conculcar.

En ese sentido, el sistema prevé tres escenarios cuando un servicio, procedimiento, medicamento o insumo sea requerido por un usuario, a saber¹¹:

- i. *Que se encuentren incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC;*
- ii. *Que no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC. En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES. Adicionalmente, en caso de ser reclamados en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar su autorización;*
- iii. *Que se encuentren excluidos expresamente del Plan de Beneficios en Salud, como consecuencia del procedimiento de exclusión previsto por la Resolución 330 de 2017 (el listado de exclusiones vigente es el previsto en la Resolución 2273 de 2021).*

Particularmente, y a efectos de resolver el problema jurídico planteado, se trae a colación lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia **T-322 de 2018**, en la que se indicó:

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

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

(...)

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

Los requisitos previstos en la Sentencia **T-760 de 2008** son:

“1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque

¹¹ Sentencia T-485 de 2019

amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

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

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

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

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

Aunado a lo anterior, en la Sentencia **T-193 de 2009**, la Corte resaltó que:

“... en lo que sí ha sido reiterada la jurisprudencia constitucional es en exigir para la solución de este tipo de casos que el juez verifique el cumplimiento de ciertos requisitos para la procedencia de la acción de tutela, con el fin de amparar el derecho fundamental a la salud cuando lo pretendido es la realización del Bypass Gástrico por Laparoscopia.

En esta materia, la Corte estableció que, por ser una cirugía de muy alto riesgo, invasiva y de alta peligrosidad, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos para su realización, a saber:

a. La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la práctica del procedimiento.

b. 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 practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo.

c. El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.”

EL CONCEPTO CIENTÍFICO DEL MÉDICO TRATANTE ES EL PRINCIPAL CRITERIO PARA ESTABLECER SI SE REQUIERE UN SERVICIO DE SALUD

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana¹².

¹² Sentencias T-760 de 2008 y T-345 de 2013.

Esto fue recogido por la Sentencia T-760 de 2008 en la regla: *“toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud”*¹³ pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante¹⁴.

En esta línea, la Corte ha resaltado que, en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona *requiere* un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente¹⁵.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio¹⁶.

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar, y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico¹⁷.

Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un juez podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso,

¹³ Sentencia T-760 de 2008 reiterada en las sentencias T-320 de 2009, T-346 de 2009, T-371 de 2010, T-410 de 2010, T-730 de 2010, T-953 de 2010, T-035 de 2011, T-091 de 2011, T-096 de 2011, T-160 y T-162 de 2011.

¹⁴ Se ha entendido por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. La Corte en reiterada jurisprudencia ha hecho énfasis en que en los casos de atención en salud, se aplicará por regla general el procedimiento o tratamiento que haya prescrito en su momento el médico tratante, en atención a que éste *“es un profesional con formación científica médica, que adicionalmente tiene conocimiento específico del caso del paciente, y por tal razón, tiene elementos científicos precisos para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio médico determinado”*. Sentencias T-991 de 2002, T-921 de 2003, T-001 de 2005, T-007 de 2005 y la T-440 de 2005.

¹⁵ Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional en las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-410 de 2010 y T-873 de 2011.

¹⁶ Sentencia T-616 de 2004.

¹⁷ Sentencia T-569 de 2005. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias T-059 de 1999, T-179 de 2000, T-1325 de 2001, T- 256 de 2002, T-398 de 2004, T-412 de 2004 y T-234 de 2007.

podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos¹⁸.

Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico, o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante¹⁹ pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico²⁰.

CASO CONCRETO

El señor **JOHAN SEBASTIÁN SANABRIA URIBE** interpone acción de tutela con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. COMPENSAR**, y se le ordene autorizar y practicar el procedimiento quirúrgico de *manga gástrica* o equivalente, de acuerdo con lo conceptuado por el Comité Médico Interdisciplinario del programa de control de peso.

Se encuentra probado con la documental obrante en el expediente que el señor **JOHAN SEBASTIÁN SANABRIA URIBE** está afiliado a la **E.P.S. COMPENSAR** en calidad de cotizante en el régimen contributivo y que ha sido diagnosticado con *Obesidad grado III, Colitis ulcerativa, Hipertensión esencial, Prediabetes* y *Apnea obstructiva del sueño*.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo primero que debe decirse es que, luego de revisar la Resolución 2292 de 2021, "*Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*", se constata que el procedimiento "*manga gástrica*" no se encuentra en el listado de servicios incluidos en el Plan de Beneficios en Salud. Igualmente, al analizar la Resolución 2273 de 2021, por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías en salud excluidos de la financiación con recursos públicos, se corrobora que la cirugía perseguida por el accionante tampoco se encuentra excluida expresamente del PBS.

Conforme a ello, es claro que el procedimiento quirúrgico no se encuentra ni incluido ni excluido expresamente del Plan de Beneficios en Salud, de manera que, siguiendo lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia T-322 de 2018, es menester verificar si en el presente caso se cumplen los requisitos previstos en la Sentencia T-760 de 2008, a saber:

¹⁸ Sentencias T-1325 de 2001, reiterada en la T-427 de 2005 y en la T-234 de 2007.

¹⁹ Sentencia T-234 de 2007 y T-1080 de 2007.

²⁰ En la Sentencia T-597 de 2001 se consideró que "(...) la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces (...)". Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias T-344 de 2002 y T- 1016 de 2006.

1. La falta del procedimiento vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.
2. El procedimiento no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y lo supla con el mismo nivel de calidad y efectividad.
3. El procedimiento ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.
4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.

Con base en lo anterior, advierte el Despacho que el amparo no está llamado a prosperar, por cuanto no está acreditado el tercer presupuesto, cuya relevancia ha sido establecida en diversas oportunidades por la Corte Constitucional²¹, quien ha precisado que la cirugía bariátrica es un procedimiento que requiere necesariamente del aval del médico tratante y no puede ser autónomamente autorizada por el Juez, pues ello implicaría exceder sus competencias al desconocer los criterios técnico-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad y pertinencia.

En el presente asunto, el accionante aportó copia de su historia clínica, la cual refleja algunas valoraciones médicas realizadas entre los años 2019 y 2021, y que dan cuenta de las afectaciones que ha producido a su salud la patología *Colitis*, incluido el aumento exponencial de peso debido al tratamiento a base de corticoesteroides en altas dosis. En los hechos el actor manifiesta que, de acuerdo con el concepto de los médicos tratantes del grupo interdisciplinario de la Fundación Santa Fe, “*es urgente la práctica de una cirugía de manga gástrica*”, para poder bajar de peso y continuar con el tratamiento.

Revisado la historia clínica, se evidencia que, inicialmente, en Junta Médica del 26 de noviembre de 2020, conformada por médicos especialistas en: cirugía, endocrinología, psiquiatría, medicina del deporte y nutrición de la Fundación Santa Fe, se determinó²²:

“Paciente de 33 años de edad, valorado en la junta médica por un antecedente de obesidad grado 3 asociada a apnea del sueño obstructiva severa y colitis ulcerativa activa con uso de corticoides, razón por la cual evidenció una ganancia severa de peso. Se valoró multidisciplinariamente y se tomó la decisión en junta médica de brindarle la cirugía metabólica y bariátrica como la mejor alternativa de tratamiento para su condición de obesidad y comorbilidades UNA VEZ SUPERE LA FASE AGUDA DE SU ENFERMEDAD DE BASE.” (Subrayas fuera del texto)

²¹ Por ejemplo, en la Sentencia T-760 de 2008

²² Página 158 del archivo pdf 005. MemorialAccionante

No obstante, en valoración del 10 de junio de 2021, el médico Yair Anwar Medellín Abueta, de la especialidad de cirugía, registró en su análisis que:

“PACIENTE CONOCIDO CON REACTIVACION DE COLITIS ULCERATIVA EN MANEJO MEDICO CON MEJORA DE SINTOMAS DADO POR DISMINUCION DEL DOLOR ABDOMINAL Y DISMINUCION DE DEPOSICIONES CON SANGRE, EN EL MOMENTO NO TIENE INDICACION DE CIRUGIA, EN CONJUNTO CON DR RENZO PINTO SE DEFINE POSIBLE EGRESO MAÑANA CON PREDNISONA 40 MG PARA DESESCALONAMIENTO Y MANEJO AB. EL PACIENTE DESPUES DE SU ULTIMA HOSPITALIZACION NO ACUDIO A CONTROLES POR LO QUE SE LE INSISTE EN LA IMPORTANCIA DE LOS CONTROLES CON PLAN DE OPTIMIZAR CONDICION CLINICA PARA SER LLEVADO A CIRUGIA BARIATRICA...” (Subrayas fuera del texto)

De lo anterior es de resaltar, en primer lugar, que en la valoración multidisciplinaria del mes de noviembre de 2020, si bien los médicos determinaron la procedencia de una cirugía metabólica y bariátrica para tratar al paciente, lo cierto es que no se indicó que la misma debiera corresponder puntualmente a la “*manga gástrica*” pretendida por el actor; y, en segundo lugar, conforme a la valoración del mes de junio de 2021, el procedimiento aún no se había realizado para esa fecha y el paciente tampoco se encontraba en condición óptima para realizarlo.

Al margen de ello, informa el actor que ha estado adelantando los trámites para la cirugía de *manga gástrica* a través del grupo de control de peso de la **E.P.S. COMPENSAR**, que ha tenido concepto positivo de las especialidades de nutrición, psiquiatría, psicología, gastroenterología, cirugía general y endocrinología; y que en la última cita con el médico endocrinólogo se le emitió orden para Comité Médico del Grupo de Control de Peso. Señala que, desde el mes de junio de 2022 radicó la orden ante la EPS y tiene conocimiento que el concepto del Comité Médico Interdisciplinario *fue positivo*.

Al contestar la acción de tutela, la **E.P.S. COMPENSAR** explicó el protocolo que tiene establecido para la realización de cirugías bariátricas a pacientes con diagnóstico de obesidad, advirtiendo que se compone de requerimientos estrictos que deben ser cumplidos en su totalidad por el paciente, a saber:

1. Ser mayor de 18 años.
2. Tener un índice de masa corporal mayor a 40, o mayor a 35 con una comorbilidad asociada.
3. Tener registrado en la Historia Clínica como mínimo en 1 año las consultas por gestor de autocuidado, médico personal y nutrición en la unidad básica de atención que demuestren adherencia por parte del paciente a la intervención y efectos sobre su peso.

4. Posterior al seguimiento: Los únicos facultados para, de acuerdo criterios establecidos, direccionar a la Junta de Cirugía Bariátrica son los Endocrinólogos.
5. Con el aval de endocrinología y psiquiatría se presenta en la junta de obesidad, en la cual el equipo multidisciplinario compuesto por cirujano bariátrico, endocrinólogo y psiquiatra, toma la decisión de aprobar o no la cirugía.

Teniendo en cuenta dicho protocolo, el actor acreditó que mediante orden No. OC1689322 del 22 de junio de 2022, el médico endocrinólogo, Dr. Jorge Alejandro Castillo Barcias, prescribió el servicio denominado *“PARTICIPACIÓN EN JUNTA MÉDICA POR MEDICINA ESPECIALIZADA Y CASO (PACIENTE) – PRESENTAR EN JUNTA DE CIRUGÍA BARIÁTRICA”*²³, que corresponde al punto 4.

En su contestación, la **E.P.S. COMPENSAR** informó que el paciente sería presentado en junta de cirugía el 21 de septiembre de 2022 y enfatizó que, a la fecha de la respuesta, no existía orden médica pendiente de ser tramitada.

Como se puede observar, el protocolo establecido por la **E.P.S. COMPENSAR** previo a la realización de la cirugía bariátrica, se ajusta a lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-193 de 2009, donde precisó que, al ser éste un procedimiento de muy alto riesgo, invasivo y de alta peligrosidad, era necesario cumplir los siguientes requisitos para su realización:

“a. La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la práctica del procedimiento.

b. 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 practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo.

c. El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.”

Conforme a lo expuesto, resulta claro que, para el momento en que fue presentada la acción de tutela (14 de septiembre de 2022), el accionante no contaba con orden médica para la realización de cirugía bariátrica alguna, menos aún para el procedimiento *“manga gástrica”* pues la decisión de aprobarlo o no está en cabeza del equipo multidisciplinario de la Junta de Obesidad de la EPS, a la cual el actor tampoco había sido presentado para ese momento, pues esa etapa del protocolo se programó para el el 21 de septiembre de 2022, según lo informado por la **E.P.S. COMPENSAR** en su contestación.

²³ Página 8 del archivo pdf 001. AcciónTutela

Si bien el accionante indicó en el hecho 19: *“Tengo conocimiento de que el concepto del Comité Médico Interdisciplinario fue positivo”*, y en tal virtud su pretensión va dirigida a que se ordene a la accionada autorizar y practicar manga gástrica o procedimiento equivalente *“de acuerdo con lo conceptuado por el Comité Médico Interdisciplinario del programa de control de peso”*, lo cierto es que no fue aportada prueba que acredite tal afirmación; contrario a ello, se itera, está probado que, al momento de interponer la acción de tutela, el equipo multidisciplinario no se había reunido para evaluar el caso del señor **SANABRIA URIBE** y, en consecuencia, no se había emitido ninguna orden de cirugía bariátrica.

Así las cosas, es de resaltar que, la orden emitida por el endocrinólogo el 22 de junio de 2022, relativa a la presentación del paciente en junta de cirugía bariátrica, no constituye la orden de la cirugía y, además, tampoco resulta suficiente para dar por sentado que el accionante *requiera* el procedimiento *“manga gástrica”*, pues de dicho documento no se extrae un concepto técnico-científico de un médico experto que haya considerado pertinente e idónea la realización de esa cirugía; es decir, no obra prueba de que haya sido emitida una orden prescribiendo la realización de esa cirugía.

En este punto cabe destacar que, según ha sostenido la Corte Constitucional, el Juez debe identificar la afectación del derecho fundamental a la salud del peticionario a partir de la verificación de que éste requiera con necesidad un medicamento, servicio, procedimiento o insumo²⁴. En tal virtud, ha sido enfática en resaltar que, el competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado con criterios científicos y por conocer de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. En otras palabras, es el médico la persona idónea para determinar la forma de reestablecer el derecho afectado, lo que excluye que el Juez o un tercero prescriban servicios médicos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente²⁵.

Luego entonces, al Juez no le es dable valorar o prescribir un procedimiento médico, pues la condición esencial para que ordene suministrar un procedimiento médico o, en general, el reconocimiento de prestaciones en materia de salud, es que las mismas hayan sido ordenadas por el médico tratante²⁶.

En consecuencia, y ante la no existencia de una orden que prescriba el procedimiento quirúrgico solicitado por el accionante, resulta imperioso concluir que el amparo invocado no tiene vocación de prosperidad, pues la **E.P.S. COMPENSAR** no tenía la obligación de autorizar ni de practicar una intervención quirúrgica que no había sido ordenada por el médico tratante, en este caso, por el equipo multidisciplinario de la Junta de Obesidad.

²⁴ Sentencias T-1331 de 2005, T-383 de 2015 y T-061 de 201

²⁵ Sentencias T-760 de 2008, T-345 de 2013 y T-061 de 201

²⁶ Sentencias T-345 de 2013 y T-061 de 201

Ahora bien, aun cuando la accionada en su contestación informó que el paciente sería presentado en Junta de Obesidad el 21 de septiembre de 2022, lo cierto es que, aun si en esa oportunidad se hubiera avalado la cirugía, tampoco se advierte amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, como quiera que entre dicha fecha y la de esta sentencia ha transcurrido menos de una semana, lapso que no permite advertir alguna dilación o mora injustificada de la EPS en el agendamiento y/o práctica del procedimiento quirúrgico.

En consecuencia, como la accionada se encuentra siguiendo el protocolo establecido para la práctica de cirugía bariátrica, en el que no se vislumbra acción u omisión que trasgreda o desconozca las garantías constitucionales del accionante, es por lo que habrá de negarse el amparo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO 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: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, invocados por **JOHAN SEBASTIÁN SANABRIA URIBE** en contra de la **E.P.S. COMPENSAR**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

TERCERO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ