



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO:	05001-31-05-007-2021-00425-00
PROVIDENCIA:	SENTENCIA DE TUTELA N.º 0137 DE 2021
ACCIONANTE:	JANNY CÓRDOBA PALACIOS T.P. No. 43.757.676
ACCIONADAS:	NUEVA EPS Y EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – METROSALUD- UH SANTA CRUZ
TEMAS Y SUBTEMAS:	DERECHO A LA SALUD EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA
DECISIÓN:	DENIEGA LA PROTECCIÓN INVOCADA

JANNY CÓRDOBA PALACIOS identificada con cédula de ciudadanía No. 43.757.676, con base en la facultad que le otorga el artículo 86 de la Constitución Política y su Decreto Reglamentario 2591 de 1991, promovió acción de tutela con el fin de que se le protejan sus derechos constitucionales de petición, seguridad social y debido proceso, que considera vulnerados por parte de la NUEVA EPS y de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – METROSALUD – UH SANTA CRUZ**, en cabeza de **JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE** y **MARTHA CECILIA CASTRILLÓN**, o por quien haga sus veces, con base en los siguientes,

HECHOS

Manifiesta la accionante que el 23 de abril de 2021 fue atendida en consulta médica de manera virtual, pues en razón a la pandemia mundial estuvo por más de un año sin atención médica y sin recibir los medicamentos que requiere para el tratamiento de sus patologías por parte de la EPS. Que en sendas ocasiones se dirigió a la NUEVA EPS con el fin de solicitar la expedición de la autorización para la cirugía, en razón a lo lamentable que se torna su estado de salud; acotando que en muchas ocasiones no fue siquiera atendida por personal idóneo, pues era el personal de vigilancia quien le informaba que las cirugías estaban canceladas con ocasión de la pandemia.

Arguye que la EPS accionada no le ha autorizado la valoración por nutricionista, dietista u otro profesional con el fin de ser orientada acerca de cómo llevar de una forma más humana su enfermedad ya que actualmente se le dificulta la respiración, y debido a su peso también presenta problemas para caminar, para lo cual requiere el uso de bastón; resaltando que vive sola y que solo tiene el apoyo de una hija que de vez en cuando la visita.

PETICIÓN

Pretende la parte actora que sean tutelados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, ordenando a las entidades accionadas, **NUEVA EPS** y la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – METROSALUD – UH SANTA CRUZ**, que se le brinden los servicios de salud que requiere para el tratamiento de sus patologías, entre ellas obesidad extrema con hiperventilación alveolar.

ACTUACIÓN DEL DESPACHO

Por reunir los requisitos descritos en el Decreto 2591 de 1991, la acción constitucional antes descrita se admitió por auto del 4 de octubre de 2021, y a través de correo electrónico enviado por los canales digitales correspondientes el 5 del citado mes y año se notificó a las accionadas, a quien además se les solicitó brindar la información pertinente sobre el asunto que nos convoca, y de ser del caso relacionar y aportar las pruebas conducentes y pertinentes.

POSICIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

La **NUEVA EPS**, a través de escrito allegado al correo institucional adiado 6 de octubre de 2021 y por intermedio de apoderado judicial expuso, en síntesis, que verificando la página del ADRES se evidenció que la accionante reporta como activa en SAVIA SALUD EPS desde el 22/03/2017, por lo que ese ente no es la llamada a prestar los servicios de salud que ésta requiere.

Advierten entonces que se configura una falta de legitimación por pasiva al no existir nexo causal, por lo que de contera solicitan ser desvinculados y proceder a vincular a SAVIA SALUD EPS, entidad encargada de suministrar todo lo que la señora JANNY CÓRDOBA llegare a necesitar.

A su vez, **LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO METROSALUD** en el informe que rindió dentro del término legal conferido para ello, advirtió no ser un ente asegurador sino un prestador de servicios en el primer nivel de atención en salud, los cuales presta de acuerdo a los convenios y contratos que celebra principalmente con la Secretaría de Salud Municipal y con las EPS del Régimen Subsidiado o contributivo.

Esgrime la entidad al igual que la NUEVA EPS que, consultada la base de datos del ADRES para verificar la afiliación al sistema de salud de la accionante, se encontró que la usuaria no pertenece a la NUEVA EPS como lo afirmó en la demanda, sino a la ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA (SAVIA SALUD EPS), como consta en el certificado expedido por la plataforma, y que se anexa con el escrito de réplica. Que la ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA (SAVIA SALUD EPS) es el asegurador en salud de la paciente, quien conforme a lo manifestado y la historia clínica adjunta al libelo, ha tenido atenciones en la red de atención de esa entidad, relacionadas con su estado de salud y le han sido expedidas las órdenes y remisiones correspondientes, de las cuales, al parecer cuenta con algunas atenciones pendientes de autorización y realización, cuya autorización debe ser tramitada directamente ante su EPS.

Afirman que, verificados los sistemas de información de ese ente y los sistemas de autorización de la NUEVA EPS, acerca de las remisiones realizadas por la accionante para esa entidad, se encontró desde el área de referencia electiva que la afectada directa cuenta con algunas autorizaciones vigentes para la E.S.E. Metrosalud. Que, además, desde la Subgerencia de Red de Servicios se informó que se gestionaron citas para NUTRICIÓN – PSICOLOGÍA – CX GENERAL, para consulta de CX BARIATRICA (anexo negación de la EPS SAVIA SALUD). Igualmente informan que la paciente incumplió la cita de control por nutrición que tenía programada para el 29 de septiembre de 2021 en esa Institución.

Arguyen que la EPS decidió negar el servicio de cirugía bariátrica, toda vez que la aseguradora considera necesario que en primera instancia la paciente sea valorada por la especialidad de cirugía general. Así mismo que desde el área de referencia, informaron la programación de las citas para los servicios autorizados por esa Institución para los servicios de nutrición, cx general y cita para psicología, y que, respecto de otras autorizaciones de servicios que puedan ser requeridas por la paciente, y que no hayan sido dirigidas a esa entidad, sino para otras IPS, se reitera que deben ser tramitadas ante SAVIA SALUD, pues verificados los sistemas de información, sobre este caso no se encuentran más ordenes de prestación vigentes dirigidas para la E.S.E METROSALUD.

Termina diciendo que, respecto de las condiciones socioeconómicas de la afectada o cualquier otro trámite realizado por la paciente ante otras entidades, los desconocen, y que no les consta el desarrollo o resultado de los mismos y por tanto no pueden pronunciarse al respecto.

En virtud de lo expuesto, solicitan DESVINCULAR a la entidad del presente trámite, ya que no han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, pues no ha habido negación de la atención médica, acorde a su oferta de servicios y autorizaciones emitidas por parte de su EPS, a quien, por demás, en calidad de aseguradora en salud de la accionante y en cumplimiento del Decreto 2353 de 2015, le corresponde garantizar efectivamente la realización de cualquier procedimiento que requiera la usuaria afiliada, y autorizarla para una IPS que pueda prestar la atención, dentro de su red contratada.

Es dable advertir que, por auto adiado 12 de octubre de la presente anualidad, y de conformidad con las manifestaciones puestas de presente por las entidades accionadas, NUEVA EPS y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – METROSALUD en los escritos de réplica allegados dentro del término de ley, y que dan cuenta que es ALIANZA MEELLIN ANTIOQUIA (SAVIA SALUD EPS) el asegurador en salud de la accionante, se dispuso su vinculación inmediata, ante una eventual responsabilidad, y en virtud de ello, se ordenó notificar a la mencionada EPS el contenido de la mencionada providencia por un medio que asegure su eficacia, y requerirles para que en el término perentorio de un (1) día, emitieran pronunciamiento con respecto a los hechos enunciados en la misma e invocaran la práctica de las pruebas que consideraran conducentes; notificación que se surtió a través de la dirección electrónica de la entidad en la misma fecha.

Pues bien, por escrito allegado vía -mail el 13 de octubre pasado SAVIA SALUD indica que al validar en el sistema de afiliados de la entidad se encontró que la

señora JANNY CÓRDOBA PALACIOS se encuentra afiliada a esa EPS en el régimen subsidiado y no a la NUEVA EPS, y que de acuerdo con el relato de los hechos y las historias clínicas aportadas la usuaria ha sido valorada en la IPS METROSALUD y de acuerdo en el análisis realizado por el médico tratante de dicha institución "(...) la paciente informa que (sic) se encuentra en proceso de valoraciones para ser sometida a cirugía bariátrica". Que también se evidencia orden médica para los servicios de CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR PSICOLOGÍA, CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR NUTRICIÓN Y DIETÉTICA, CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA GENERAL Y CONSULTA POR LA ESPECIALIDAD DE CIRUGÍA BARIATRICA.

Afirma la entidad que se procedió a realizar las gestiones pertinentes para la materialización de los servicios ordenados, informando la IPS, fecha y hora en que se programó cada servicio médico, como protocolo que se debe llevar a cabo antes de ser valorada por la especialidad de CIRUGÍA BARIÁTRICA, por lo que hasta tanto el especialista en cirugía general no valore previamente a la usuaria junto con el concepto de psicología y nutrición y dietética no podrá determinarse la realización de la cirugía bariátrica, por lo que no se ha ordenado dicho servicio hasta tanto no se defina el manejo para el diagnóstico de OBESIDAD EXTREMA CON HOPERVENTILACIÓN ALVEOLAR que presenta la usuaria.

Esbozan que, no es viable predicar que para el presente caso se trate de un actuar omisivo o negligente por parte de la entidad, ya que se autorizó el servicio médico objeto de la presente acción, y que por lo tanto, es directamente el prestador con quien previamente se ha establecido una relación contractual y se han establecido responsabilidades expresas, el llamado a garantizar la debida oportunidad en la prestación del servicio conforme con sus condiciones de habilitación, infraestructura y disponibilidad de servicios ofertados para la población afiliada a esa EPS, por lo que cualquier decisión que se adopte en el caso específico resultaría a todas luces inocua y contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional. Que conforme lo expuesto, salta a la vista la necesidad de requerir a La IPS METROSALUD a fin de que proceda a materializar el servicio requerido por la usuaria, y así lograr la prestación efectiva conforme con lo solicitado por el médico tratante y definir así el manejo para el diagnóstico que presenta la usuaria.

Conforme a lo expuesto, y en razón a que la EPS ha cumplido con su deber de asegurador, autorizando lo requerido por medio de un proveedor idóneo, solicitan declarar IMPROCEDENTE la acción de tutela por carencia actual de objeto, y se eximan de toda responsabilidad, debido a que se están realizando todas las gestiones tendientes para la materialización de los servicios médicos solicitados; además de que se requiera a la IPS METROSALUD respecto de la prestación del servicio de CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA GENERAL, al ser la entidad directamente responsable de hacer efectiva la prestación del servicio. Y que respecto del servicio de CONSULTA POR LA ESPECIALIDAD DE CIRUGÍA BARIÁTRICA la tutela no procede, pues tal y como se indicó, la usuaria debe cumplir con un protocolo antes de ser valorada por dicha especialidad a fin de decidir el manejo para su diagnóstico.

PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, corresponde a esta Agencia Judicial, determinar si las accionadas NUEVA EPS Y EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – METROSALUD, y ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA (SAVIA SALUD EPS), vinculada al trámite ate una eventual responsabilidad, con su actuación u omisión, amenazan conculcar los derechos constitucionales fundamentales a *i) la vida, ii) la Salud, iii) la Integridad personal, física y psicológica, y iv) la Seguridad Social* de la Accionante JANNY CÓRDOBA PALACIOS, al negarle la práctica de la cirugía denominada BARIÁTRICA (BYPASS GÁSTRICO POR 6 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 la afectada directa, vulnerados sus derechos que ameritaron la interposición de esta acción.

El Juzgado para decidir la concesión o no, de la acción, evaluará las peticiones de la actora constitucional, con relación a la cirugía por la que está requiriendo, con las razones médico-científicas que aducen las entidades accionadas (NUEVA EPS Y EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – METROSALUD, y ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA (SAVIA SALUD EPS), para no autorizar, por ahora, la práctica de la cirugía que solicita la accionante y todos los demás requerimientos, procedimientos y medicamentos que pide, para superar la vulneración de los derechos fundamentales, que sostiene desconocidos por las citadas accionadas y vinculada.

ACERVO PROBATORIO:

ACCIONANTE: (Aportó en copia).

- ✓ Documento de identificación.
- ✓ Prescripciones de servicios médicos del 17 de agosto de 2021.
- ✓ Historia clínica expedida por la Empresa Social del Estado Metrosalud – UH SANTA CRUZ

LA NUEVA EPS: (Aportó en copia).

- ✓ Decreto 0454 de 2020.
- ✓

LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO METROSALUD: (Aportó en copia).

- ✓ Poder para actuar.
- ✓ Acta de posesión No. 096.
- ✓ Resolución No. 6832 del 29 de julio de 2021.
- ✓ Formato de negociación de servicios de salud y/o medicamentos.

Carrera 52 No. 42-73 Edificio José Félix de Restrepo. Oficina 916. Medellín.
Teléfono 262.0191 - Correo j07labmed@cendoj.ramajudicial.gov.co

- ✓ Anexo Técnico No. 4 (3) – Números de autorización 14484335, 15468862 y 15468870.

SAVIA SALUD EPS: (Aportó en copia).

- ✓ Escritura pública No. 1997 del 19 de noviembre de 2020.
- ✓ Certificado de Existencia y Representación Legal.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

La seguridad social, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y se garantiza como un derecho irrenunciable, a todas las personas.

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que puede ser amparado a través de la tutela. Este carácter fundamental es reiterado por la Ley 1751 de 2015, ley estatutaria en salud y ha sido reconocido así por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. Sin embargo, que el derecho a la salud sea un derecho fundamental no implica que sea un derecho absoluto, pues admite límites de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que establece la norma estatutaria.

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 Constitucional:

" 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 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. (...)"

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:

"...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 de la 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, en las sentencias T-178 de 2017 y C-119 de 2008, la Corte precisó que: *“según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente.*

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.

No obstante, La Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de la Salud, estatuyó de manera definitiva y sin lugar a contemplar de manera jurisprudencial el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo, razón por la cual se puede instaurar la acción de tutela para reclamar este derecho de manera directa sin necesidad de demostrar que con su vulneración se esté afectando el derecho fundamental a la vida, como inicialmente tenía que establecerse por parte del tutelante.

Al respecto del procedimiento solicitado, la Sentencia T-1108/08 manifiesta cuáles son los requisitos para la práctica de la cirugía bariátrica - bypass gástrico:

“Aparte del cumplimiento de tales requisitos, que son básicamente los señalados por esta Corporación para inaplicar las normas que regulan las exclusiones de

prestaciones del POS, para el caso en particular de la cirugía bariátrica (bypass gástrico etc.), dada la peligrosidad de este procedimiento, se debía obtener el “consentimiento informado del paciente”, así como tener la valoración técnica realizada al paciente “candidato” de la cirugía, por parte de “un grupo interdisciplinario de médicos”, realizada antes de la emisión de la orden médica en el que se le prescriba dicho procedimiento”.

Por su parte la Sentencia T-867/06, se refiere al agotamiento de todos los tratamientos para su mejoría y señala:

“No existe prueba de que se hayan agotado todos los tratamientos que conduzcan a una mejoría de la enfermedad. En el expediente de tutela no figura documento que demuestre que a la accionante se le han practicado otros tratamientos para el control de la obesidad y mucho menos indicación de que la única opción para tratar su enfermedad sea la cirugía de bypass gástrico.

De igual forma, la Jurisprudencia Constitucional ha exigido que el Juez verifique el cumplimiento de requisitos para que proceda la tutela y mediante la Sentencia T-610/13 nos los dan a conocer:

Algunos pronunciamientos de la Corte, habían destacado que cuando un servicio o tecnología no se encontraba incluido en el antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS), el juez constitucional debía seguir algunas reglas para ordenar el tratamiento o servicio a la entidad promotora de salud. Tales criterios son definidos taxativamente por la Sentencia T-760 de 2008.

“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 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.”

Téngase en cuenta que la decisión sobre que tratamientos y /o servicios practicar, le corresponde al médico y no al juez, por tanto, existe imposibilidad de ordenar prestaciones en salud sin que exista una orden médica. Y la Sentencia T-050/09 ha manifestado:

“En la práctica la garantía efectiva del derecho al diagnóstico se relaciona con

Carrera 52 No. 42-73 Edificio José Félix de Restrepo. Oficina 916. Medellín.
Teléfono 262.0191 - Correo j07labmed@cendoj.ramajudicial.gov.co

dos situaciones específicas. De un lado, la exigencia de que las decisiones judiciales que reconocen prestaciones de servicios en salud estén respaldadas por órdenes médicas. Y, del otro, la existencia de fallas en el Sistema de Seguridad Social en salud que afecta la efectiva y eficiente prestación de este servicio, vulnerando con ello los principios de calidad e integralidad del derecho a la salud."

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".

CASO CONCRETO:

En este orden de ideas, es evidente que las entidades accionadas no han vulnerado con su actuación los derechos fundamentales de la actora, ya que su aseguradora ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS SAVIA SALUD le ha brindado toda la atención médica que ha requerido, por lo que no existe razón alguna que justifique que, mediante la acción de amparo constitucional, se le ordene a la EPS accionada la atención en salud que la accionante ahora demanda. Más aún, cuando de la observación que se efectúa a la tutela, se constata que no hay orden médica dada para el procedimiento por ella requerido, se reitera que en los anexos de la tutela no se evidenció la orden médica dada por el médico tratante adscrito a la EPS accionada, en donde prescriba la cirugía solicitada, lo cual hace imposible concluir que la accionada está vulnerando los derechos fundamentales de la paciente.

Nótese que será en los controles, procedimientos y programas que se le realicen, donde los especialistas tratantes indiquen la necesidad y pertinencia del servicio reclamado, entiéndase que el galeno es la única persona idónea para definir el estado de salud de sus pacientes, sus respectivos diagnósticos y quién puede indicar con mayor convicción, qué procedimientos se deben seguir.

En vista de lo anterior y como quiera que no obra en el expediente documento alguno donde conste que la EPS accionada le haya ordenado a la señora JANNY CÓRDOBA PALACIOS el procedimiento denominado BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA, el Despacho **NEGARÁ** la tutela disponiéndose así en la parte pertinente.

Sumado a ello, la entidad aseguradora indica que para que la paciente sea apta para la realización de dicha cirugía, es menester que se haya sometido a todos los parámetros previos requeridos y ordenados por los médicos tratantes, tendientes a determinar si es idónea para el procedimiento quirúrgico que solicita, en la medida que es una cirugía de alto riesgo con múltiples complicaciones.

Dadas las premisas planteadas los amparos de la tutela impetrada serán negados, como quiera que SAVIA SALUD EPS ha dispuesto todo lo necesario con el fin de garantizar la prestación de los servicios médicos que requiere la paciente y que han sido soportados mediante las prescripciones médicas dadas por los médicos adscritos a esa EPS.

Adicionalmente, no se acreditó la negación de servicio de salud alguno, situación distinta que la señora JANNY CÓRDOBA PALACIOS no se ciña al protocolo establecido para el tratamiento de la obesidad que la aqueja.

Como quedó demostrado que la accionante no se encuentra adscrita a la NUEVA EPS, dicho ente será desvinculado de la presente acción de tutela, por no ser la entidad aseguradora en salud y por tanto no está obligada a prestar ningún servicio en salud a la afectada directa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por la ciudadana **JANNY CÓRDOBA PALACIOS** identificada con cédula de ciudadanía No. 43.757.676, en contra de la **NUEVA EPS** y la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO METROSALUD- UH SANTA CRUZ** y vinculada **SAVIA SALUD EPS**, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente fallo.

SEGUNDO: DESVINCULAR del presente trámite a la NUEVA EPS por no ser la entidad aseguradora en salud y por tanto no está obligada a prestar ningún servicio en salud a la afectada directa.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes el presente fallo en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y en caso de no ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: De igual manera, proceda la secretaría a incluir la presente providencia en el Portal Web de la Rama Judicial - Estados Electrónicos.

QUINTO: ARCHIVAR el expediente, una vez regrese de la Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLINA MONTOYA LONDOÑO
JUEZA

Firmado Por:

Carolina Montoya Londoño
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Laboral 007
Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

Carrera 52 No. 42-73 Edificio José Félix de Restrepo. Oficina 916. Medellín.
Teléfono 262.0191 - Correo j07labmed@cendoj.ramajudicial.gov.co



f2f6d958f6b1b0d91a2d17cfebb2750eb0fa083b53f49d589363e517d466368d

Documento generado en 15/10/2021 01:58:21 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**