

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Bogotá, D. C., diciembre quince (15) de dos mil veinte (2020).

REF. ACCIÓN DE TUTELA No.2020-0797 de la Dra. MICHEL CORREA LOZANO como apoderada de la señora JENNIFER ALEXANDRA MENDEZ TORRES en contra de EPS SANITAS.

ANTECEDENTES

1º.- Petición.-

La Dra. MICHEL CORREA LOZANO ejercita la acción de tutela como apoderada de la señora JENNIFER ALEXANDRA MENDEZ TORRES contra EPS SANITAS, con el fin de que se le tutelen sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida, a la integridad física.

En consecuencia, solicita se le ordene a la entidad accionada realizar y asumir el pago del procedimiento denominado BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA. Así mismo, se le preste de manera integral todos los servicios requeridos.

Solicita medida provisional.

2º.- Hechos.-

Refiere la accionante en síntesis que se permite efectuar el Despacho, que su representada se encuentra afiliada a la EPS accionada.

Indica que el 30 de octubre del año en curso presentó derecho de petición ante la entidad accionada, solicitando información acerca de los criterios que tienen para autorizar el procedimiento de BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA, sin que haya recibido respuesta alguna.

Denota que su prohijada es una paciente con antecedente médico de fallas ventilatorias con desenlace en procedimiento quirúrgico de Decorticación Pulmonar y por ende dificultad respiratoria de por vida, agravada por el sobrepeso que sufre.

Comenta que le han detectado comorbilidades asociadas a la obesidad, como afectaciones pulmonares, dificultad respiratoria, enfermedades osteoarticulares, síndrome de colon irritable, gastritis, estreñimiento y otras que no han sido confirmadas.

Narra que en cita médica y con sobrepeso de 103 kilos, el galeno le diagnostico *Cirugía Bariátrica por condición respiratoria deficiente y mejor calidad de vida*, remitiéndola a nutricionista emitiendo orden para ingresar por primera vez al grupo de obesidad.

Informa que en la segunda cita con un peso de 114 kilos, le manifiestan que debe bajar de peso y sería evaluada en 3 meses.

Refiere que inició por segunda vez el grupo de obesidad, donde logró perder el 6% del peso, pero se le negó el derecho de continuar el proceso en el grupo de obesidad, decisión confirmada por la junta.

Alega que por tercera vez inicia el proceso en el grupo de obesidad, con un peso de 122 kilos, sin lograr bajar de peso, por lo que solicitó cita particular con un cirujano bariátrico quien la declara como paciente apta para el procedimiento de cirugía bariátrica.

Hace saber que estando en el tercer grupo de obesidad, presentó una hemorragia vaginal por lo que tuvo que ser hospitalizada, donde el ginecólogo le aconsejó el mismo procedimiento bariátrico.

Aduce que nuevamente recibe negativa de continuar en el tercer grupo de obesidad, por tanto inicia el cuarto grupo, el cual coincide con la pandemia y el proceso ha sido virtual.

Manifiesta que pese al haber cumplido con el protocolo exigido, no se le ha programado la cirugía.

3º.- Trámite.-

Corresponde por reparto conocer de la presente acción de tutela a este Juzgado y mediante proveído de fecha diciembre diez (10) del año en curso se admite a trámite la misma, se vinculó oficiosamente a ADRES y se negó la medida provisional solicitada, como quiera 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, en tanto de la documental aportada, se observó que el procedimiento requerido fue prescrito por un médico particular.

Notificación efectuada a los entes accionados mediante correos electrónicos enviados el día jueves 10 de los cursantes.

ADRES informó que la EPS tiene la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud a la afiliada, para lo cual puede conformar libremente su red de prestadores, sin que en ningún caso pueda dejar de garantizar la atención de sus afiliados ni retrasarla de tal forma que ponga en riesgo su vida o su salud.

SANITAS EPS, indicó que a la usuaria le han brindado todas las prestaciones medico asistenciales que ha requerido debido a su estado de salud, a través de un equipo multidisciplinario y acorde con las respectivas órdenes médicas emitidas por los médicos tratantes.

Comenta que la usuaria no cuenta con orden médica de CIRUGÍA BARIATRICA.

Informa que la CIRUGÍA BARIATRICA, es una cirugía que presenta riesgo de múltiples complicaciones que pueden colocar en peligro la vida y debe considerarse como último recurso para bajar de peso, debe practicarse sólo cuando se han analizado y agotado completamente todas las otras opciones convencionales para bajar de peso.

Pone de presente que la CIRUGÍA BARIATRICA no es un tratamiento por sí solo, ni definitivo, es un procedimiento para el cual el usuario debe tener un proceso previo de manejo médico interdisciplinario, por lo menos 6 meses con los integrantes del equipo médico, proceso que se extiende después de la cirugía y es de carácter permanente, toda vez que se requiere que el usuario tenga unos adecuados hábitos de alimentación y una actividad física constante y supervisada por nutrición.

Indica que no todos los usuarios con obesidad son candidatos idóneos para CIRUGÍA BARIATRICA, existen criterios clínicos para este procedimiento que son evaluados por el médico tratante y por un equipo multidisciplinario, quienes definen su necesidad y si el paciente es apto en ese momento para la intervención.

Informa que para practicar la CIRUGÍA BARIATRICA, la paciente debe ingresar al programa de obesidad e iniciar todos los estudios tendientes a su realización.

Denota que el proceso de atención en el programa incluye, primera valoración, remisión a evaluaciones multidisciplinarias (salud mental, medicina interna y nutrición), decisión en junta médica la cual definirá la pertinencia y las recomendaciones relacionadas con el procedimiento, así como la definición del riesgo quirúrgico para tomar los correctivos a que haya lugar.

Refiere que la paciente se encuentra en programa de obesidad, el 11 de diciembre de 2020 se realizó junta médica de su caso, donde se indicó: *"la paciente no ha tenido adherencia al programa durante tres programas de obesidad, sin adherencia a plan nutricional, con un aumento de peso de 1.1.L equivalente al 0.9%, con pérdida esperada del 5-10% del peso, en cuanto a actividad física, parcialmente adherente a caminatas, refiere no tener tiempo, con alta probabilidad de falla en pérdida de peso si se somete en este momento a cirugía bariátrica, por lo que por ahora no es candidata a valoración por grupo de cirugía bariátrica, se recomienda continuar manejo por nutrición en su unidad de atención primaria"*.

Refiere que de acuerdo con el concepto médico de la junta, la señora no es candidata a CIRUGÍA BARIATRICA y debe continuar con manejo por nutrición.

Relata que la EPS respalda el proceso en la guía clínica de obesidad mórbida y CIRUGÍA BARIATRICA con todo el rigor científico dentro del cual contiene como contraindicaciones de la cirugía la incapacidad para cumplir recomendaciones del plan de tratamiento.

Aduce que cuando se realicen todos los estudios, la paciente pasa a valoración por JUNTA DE CIRUGÍA BARIÁTRICA conformada por cirujano bariátrico, psicólogo, médico general y enfermera, quienes definirán si es candidata a la cirugía y si la cirugía es pertinente, la misma debe ser solicitada por el médico tratante.

Manifiesta que todo ese proceso es tendiente a que posterior a la cirugía, los pacientes no vuelvan a recuperar el peso que pierden y así asegurar el éxito y seguridad de la misma, por cuanto estos pacientes presentan muchas comorbilidades que no se pueden pasar por alto.

Narra que esa EPS ha realizado las gestiones necesarias para brindar todos y cada uno de los servicios médicos requeridos por la señora JENNIFER ALEXANDRA.

Reitera que la usuaria no tiene orden médica de CIRUGÍA BARIATRICA y según la Junta Médica del Programa de Obesidad, no es candidata a la misma en el momento.

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.

Para el efecto, la Jurisprudencia ha destacado dos momentos en la evolución del concepto de salud como derecho constitucional. En primer lugar, por medio de la acción de tutela era posible proteger derechos de contenido prestacional, como la salud, siempre y cuando tuvieran una conexión con derechos como la vida, integridad personal o mínimo vital o se concretaran en un derecho de naturaleza subjetiva, cuando eran desconocidos servicios incluidos en los diferentes planes de atención en salud.

Después se consideró que la salud es un derecho fundamental autónomo, porque se concreta como una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, teniendo en cuenta que responde a los elementos que le dan sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales', alcance que se le otorga de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art.93 C.P.).

Esta interpretación efectuada por el juez constitucional, dejó de lado el criterio de la conexidad, porque se considera artificioso e innecesario para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales, pues todos los derechos, unos más que otros, tienen definitivamente un componente prestacional, por lo que *"la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal', para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud"*.

No obstante lo anterior, 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 éste 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-193/09 nos los dan a conocer:

“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, y c) El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno”.

En relación con la solicitud de práctica de exámenes y/o procedimientos sin orden médica, la Sentencia T-437/03 señala que:

“No le es posible al juez de tutela acceder a pretensiones que involucran violación de derechos constitucionales que no pueden ser predicables de la entidad accionada, porque ante ella no se ha hecho ninguna solicitud de suministro de medicamentos, tratamientos o diagnósticos”.

Se pone de presente que el juez de tutela no puede inmiscuirse en los criterios médicos, pues ellos son de la órbita del galeno, quién es el encargado de establecer y/o determinar que tratamientos requieran sus pacientes. Y al respecto la sentencia T-036/13 señala:

“... En este punto, reitera la Corte que el concepto del galeno a cargo debe primar sobre cualquier argumento de tipo administrativo o limitación normativa, en razón a que es ese profesional quien conoce la realidad médica del paciente y puede indicar con mayor certeza los tratamientos y elementos que se requieren para atender los padecimientos de salud diagnosticados.”

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 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.”

En este orden de ideas, es evidente que la entidad accionada no ha vulnerado con su actuación los derechos fundamentales de la actora, ya que 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, en tanto de la documental aportada, se observó que el procedimiento requerido fue prescrito por un médico particular, 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 JENNIFER ALEXANDRA MENDEZ TORRES el procedimiento denominado BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA, el Despacho NEGARA 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 SANITAS 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 JENNIFER ALEXANDRA MENDEZ TORRES no se ciña al protocolo establecido para el tratamiento de la obesidad que la aqueja.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTA D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la ACCION DE TUTELA instaurada por la Dra. MICHEL CORREA LOZANO como apoderada de la señora JENNIFER ALEXANDRA MENDEZ TORRES en contra de EPS SANITAS y vinculada ADRES, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente fallo.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procederá la impugnación por la vía jerárquica dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación. (Art.31 Decreto 2591 de 1.991).

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los intervinientes, por el medio más expedito.

CUARTO: Sí este fallo no fuere impugnado, transcurrido el término respectivo y en la oportunidad de que da cuenta el inciso segundo del Art.31 ejusdem, ENVÍESE EL EXPEDIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISION, PREVIA LAS CONSTANCIAS RESPECTIVAS.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



FRANCISCO ÁLVAREZ CORTÉS
Juez

Se les hace saber a las partes, que por la coyuntura de emergencia y para efecto del pleno ejercicio del debido proceso, en caso se querer impugnar la anterior decisión, la misma deberá ser enviada al correo institucional del juzgado (cmpl12bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)