

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA

Villeta, Cundinamarca, veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2.023).

Ref: Rad. No. 2023-0067, Acción de tutela de MARIA ALEJANDRA DIAZ contra NUEVA EPS.

Asunto

Se decide la impugnación presentada por la parte accionada, la entidad denominada NUEVA, en contra del fallo de tutela emitido el 8 de marzo de 2.023 por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Vega, Cundinamarca, (radicado interno 2023-00047-00).

Antecedentes

Lo pretendido por la señora MARIA ALEJANDRA ALDANA DIAZ, en su acción de amparo al derecho fundamental a la salud, en contra de NUEVA EPS, fue literalmente que se le ordenara a aquella *“que realice y asuma el pago íntegro del procedimiento ordenado y debidamente justificado por el cirujano especialista en Obesidad Dr. CARLOS CAMACHO, denominado Manga Gástrico por Laparoscopia”*.

El fundamento de la pretensión específica fue expuesto por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“... la accionante se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, en el régimen subsidiado desde el año 2020, haciendo una relación de las citas a las que ha asistido desde 2021 para evaluar su estado de salud, se han detectado comorbilidades asociadas a la obesidad, con enfermedades osteoarticulares, síndrome de Colon Irritable, gastritis, estreñimiento y otras que no han sido confirmadas pero que aparecen como impresión diagnóstica como Apnea Obstructiva del sueño, Reflujo Gastroesofágico, Vasculitis y trastornos dermatológicos, indicando además que presenta menoscabo de su autoestima y otros riesgos psicosociales.

“El 18 de agosto de 2022 le entregaron la autorización para cirugía, por lo cual realizo la dieta y en la fecha agendada el día 01/12/2022 pero ese día le informaron que fue anulada jugando con sus sentimientos.

“Que ha realizado el trámite completo como candidata para realizarse el procedimiento Cirugía Bariátrica: “Manga Gástrica por Laparoscopia” y fue evaluada por el HOSPITAL

INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, encontrándose apta y por ello fue remitida al cirujano bariátrico.

“Tiene 32 años con diagnóstico de obesidad mórbida tipo III, por lo cual se ve alterada su salud, procesando que tiene una hija menor de 3 años que depende de ella y ante las complicaciones asociadas a su diagnóstico teme por faltarle y brindarle un desarrollo normal, puesto que ni siquiera puede jugar con ella.

“Agotó los métodos para bajar de peso, ha asistido a nutricionistas, endocrinólogos, recibió tratamiento farmacológico y entrenamiento físico y por ello se expide la orden de cirugía dada por el médico Bariátrico DOCTOR CARLOS CAMACHO, se considera de vital importancia la realización de la cirugía denominada Manga Gástrico por Laparoscopia.

“No cuenta con recursos para sufragar los gastos de la cirugía por cuenta propia, desde hace un año no cuenta con empleo.”

Y frente a la acción así vista, conforme a lo resumido por la a-quo, NUEVA EPS, se opuso de la siguiente manera:

“En lo que atañe a la pretensión indica que este y otras cirugías de pérdida de peso, consisten en hacer cambios en el sistema digestivo del paciente para ayudarlo a perder peso. La cirugía bariátrica se realiza cuando la dieta y el ejercicio no han funcionado o cuando el paciente presenta problemas graves de salud debido a tu peso.

“Hace un análisis de la procedencia de la cirugía bariátrica y que deben seguirse estudios y análisis previos como lo indica la Guía de Práctica Clínica para la prevención, diagnóstico tratamiento del sobrepeso y la obesidad en adultos” emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social: “La obesidad es una enfermedad crónica que puede ser determinada por varios métodos, entre ellos el más conocido es el Índice de Masa Corporal (IMC) (3).

“De conformidad con la guía deben evaluarse las estrategias que logran mayor impacto son aquellas que incluyen manejos interdisciplinarios, abarcando todas las perspectivas del problema.

“Debe en este análisis precisarse que este procedimiento bariátrico es asumido con cargo a los recursos de la UPC por encontrarse expresamente incluidos en el PBS, y si bien puede ofrecer beneficios, presenta riesgos y efectos secundarios graves.

“Este requerimiento no implica negación del servicio, se requiere una evaluación preliminar de todo paciente con diagnóstico de obesidad, determinar si la obesidad es secundaria a otra patología o está relacionada con algún síndrome clínico por lo cual se requiere del abordaje de un equipo multidisciplinario previo al ingreso a la junta médica para la cirugía bariátrica, así como de estudios complementarios, entre ellos ecografía abdominal, endoscopia, etc.

“Así mismo debe darse manejo farmacológico inicialmente y se recomienda la intervención de un equipo multidisciplinario, coligiendo que acción de tutela se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda atribuir o endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales

que se reclaman máxime cuando no hay soporte alguno de solicitud de salud ordenada por el médico tratante.”

En esa senda y luego de la evacuación del trámite correspondiente, el Juzgado de instancia en la cuestionada providencia del 8 de marzo de 2.023, definió el pedimento entendiendo que la convocada por pasiva estaba vulnerando los derechos fundamentales de la paciente a ella adscrita, bajo la argumentación que se procede a transcribir, así:

“En este orden, se verifica que el accionante cumple con los presupuestos para que se disponga el suministro de los implementos solicitados:

“i. El médico tratante ordeno a la accionante: el 12 de julio de 2022 GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA) POR LAPAROSCPIA (438402) **(fol. 15 PDF 01EscritoTutelaPruebas)**, contrario a lo que manifiesta la NUEVA EPS en su contestación, en donde es muy genérica pero no hace alusión al caso concreto de la señora MARÍA ALEJANDRA ALDANA DÍAZ, se advierte de la historia clínica que ella ha intentado bajar de peso haciendo uso de otros medios y con el acompañamiento multidisciplinario que ordena la Guía de Práctica Clínica para la prevención, diagnóstico tratamiento del sobrepeso y la obesidad en adultos, en la anamnesis se deja constancia por el médico que la paciente fue valorada por nutricionista, psicólogo y médico internista y obra en el expediente la valoración psicológica **(fol. 33 PDF 01EscritoTutelaPruebas)**, además la accionante hizo una la relación de las citas y valoraciones que datan del 05/06/2021 al 12/07/2022, dando cuenta que no acude a la cirugía sin haber intentado bajar de peso con dieta y cambiando sus hábitos, como refiere la historia nutricional **(fol. 31 y 32 PDF 01EscritoTutelaPruebas)**.

“Más aún en este caso el médico tratante Dr. CARLOS ANDRES CAMACHO PINZON adscrito al HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ expide una orden para el procedimiento que se solicita por esta vía y se expidió preautorización de servicios que data del 18/08/2022 **(fol. 36 PDF 01EscritoTutelaPruebas)**, obran en el expediente todos los análisis pre quirúrgicos y del día 01/12/2022 se aporta la radicación de solicitud de servicios, no obstante estar preautorizada la EPS indica que no ha negado ningún servicio, ni es clara en indicar que otros soportes se requieren para la realización de la cirugía.

Como ha reiterado la jurisprudencia: *“las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una entidad de salud cuando la EPS no los excluye de una manera suficientemente razonada, es decir, cuando la EPS tiene conocimiento del concepto de médico externo y se opone o retarda la realización de una valoración adecuada para el usuario. (Ver t-736 de 2010).*

En un caso similar contra la misma NUEVA EPS, la Corte Constitucional concluyo: *“Con todo, la EPS alegó que la cirugía aún no había sido negada, dado que antes*

de tomar una decisión era necesario acudir al grupo multidisciplinario de la EPS. Sin embargo, pasados más de 8 meses¹⁶ desde la presentación ante la entidad del dictamen médico del galeno particular y de las sugerencias emitidas por médicos adscritos a la EPS relacionadas con la urgencia que amerita la práctica del procedimiento “by pass gástrico” en la paciente Sindy Patricia, a la fecha no se ha adoptado tal decisión, por lo que la Sala llega a la conclusión que para el caso, no hay una valoración adecuada del usuario por parte de la EPS, pues ésta no ha sometido a consideración del personal médico que sí está adscrito a la entidad en comento, la situación de la aquí demandante”. (Ver sentencia T-736 de 2010).

“Coligiendo entonces que no hay claridad de porque no se realizado la cirugía si se habían agotado todos los trámites administrativos y desde el 2020 la paciente asistía a controles con varios especialistas, concluyendo el último galeno que se requería manejo quirúrgico.

“ii. Es necesario para garantizar el derecho a la salud del paciente, pues se observa que lo autorizado está dirigido a tratar la patología diagnosticada de obesidad y para garantizar una vida digna la EPS debe asegurarse que los servicios que requiera se presten oportunamente y sin dilaciones o barreras administrativas.

“iii. Según las pruebas aportadas, una vez se recibe la orden de la cirugía se expide una pre autorización, pero el día dela cita para la intervención se anula la misma, y con la respuesta de la EPS no es claro porque no se practicó el procedimiento cuando si existió un acompañamiento de un grupo multidisciplinario, si se trató desde el año 2020 de bajar de peso con otros tratamientos y cambio de hábitos, se suscribió el acta de consentimiento informado y se le explico con suficiencia a la paciente los beneficios y riesgos de la intervención.

“De acuerdo con lo anterior, encuentra esta oficina judicial que, si existen dilaciones en la prestación del servicio, las barreras administrativas impuestas no han permitido que se practique la cirugía ordenada por el médico tratante denominada GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA) POR LAPAROSCPIA (438402) y se ha omitido en suma, el deber de informar a la paciente los trámites administrativos que deben realizar para la autorización y entrega de las prescripciones médicas, los cuales son de obligatorio cumplimiento¹⁸, más aun aunque refiere que requiere una evaluación multidisciplinaria no indica nada del acompañamiento que venía recibiendo en el programa de bariátrica, ni se ha programado desde diciembre cita alguno con otro especialista.

“En ese orden de ideas, el concede el amparo deprecado y se ordenará a LA NUEVA EPS con el fin de atender la patología de obesidad no especificada que autorice y programe la cirugía GASTRECTOMIA VERTICAL (MANGA GASTRICA) POR LAPAROSCPIA (438402), prescrita por el médico tratante a MARÍA ALEJANDRA ALDANA DÍAZ.”

Y sobre el cuestionado tratamiento integral, el opugnado fallo consideró lo siguiente:

“La H. Corte Constitucional en sentencia T-259 de 2019, como supuestos de procedencia estableció:

“Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”

“El juez constitucional en estos casos debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior.”

“En el presente asunto, se encuentra acreditado que:

“i) NUEVA E.P.S. no ha sido diligente en la prestación de los servicios que requiere la señora MARÍA ALEJANDRA ALDANA DÍAZ para atender la patología que padece.

“ii) La accionante esta diagnosticada con una patología desde el año 2020 y ha adelantado los tramites, citas con especialistas dentro del programa bariátrico, siendo la obesidad una patología que incide en su salud con varias comorbilidades que le han afectado física y psicológicamente.

“iii) La accionante ha tenido que recurrir a la acción de tutela para que se autoricen y garanticen los servicios ordenados por el galeno tratante, no obstante, ello no ha garantizado una oportuna prestación y tratamiento efectivo para su patología de obesidad no especificada, según se desprende de los anexos de la acción constitucional.

“De lo anterior se concluye que, se cumplen los requisitos para acceder a la pretensión de ordenar que sea suministrado tratamiento integral sobre la patología enunciada. Conforme las expuestas consideraciones, se amparará el derecho a la salud invocado por la accionante y se acogerán sus pretensiones.”

Inconforme con lo resuelto, la parte pasiva con dos apoderados en diferentes oportunidades impugnó el fallo de instancia y a responder dichas inconformidades se apresta el actual Juzgado.

Consideraciones

Sea procedente indicar que éste Juzgado es competente para conocer de la impugnación propuesta en razón de la naturaleza del asunto, que versa sobre la protección del derecho fundamental a la salud (referido especialmente a la problemática de la paciente para acceder a cierto servicio médico que al parecer no es provisto por la EPS a la que se encuentra vinculada) y dado que el Juzgado de primera instancia corresponde a uno de rango municipal integrante del circuito judicial de Villeta, Cundinamarca.

Hecha la salvedad que antecede, tal como se ha anunciado, la NUEVA EPS, ha expresado su desacuerdo con el fallo de instancia aportando sendos escritos signados por dos apoderados judiciales distintos (escritos allegados el 9 y 13 de marzo de 2.023). entonces, sin entrar en la suspicacia de establecer cuál de los dos textos de impugnación debe ser considerado, el Despacho va a referirse a ambos, dado que ellos abordan cuestiones bien diferentes.

Inicialmente, el Doctor CHRISTIAN DAVID VALBUENA JIMENEZ, se recuerda, actuando en calidad de apoderado judicial de NUEVA EPS, cuestionó se hubiese accedido para la actora la prestación del denominado “tratamiento integral” en razón de su sufrimiento de “obesidad no especificada”.

El cuestionamiento de marras se fundó en los siguientes puntos, así:

(i). La noción de tratamiento integral debe diferenciarse de los denominados gastos de transporte porque ellos no se encuentran establecidos en el plan de beneficios en salud. Por ende, en caso de que estos últimos fueren requeridos y en general en los eventos en que se fuesen necesarios servicios y prestaciones excluidos del plan de beneficios en salud, se debe autorizar el respectivo recobro ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE

SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), en adelante sencillamente ADRES.

(ii). La orden de prestar un tratamiento integral a la actora no es coincidente con el comportamiento que hasta ahora ha asumido la EPS demandada. De hecho, a juicio de aquella, la EPS, ha provisto todos los servicios en salud que han sido formulados a su afiliada y adicionalmente no es posible realizar provisiones o suministros de atenciones y servicios sin que ellos no estuvieren precedidos de la orden de un médico tratante adscrito a la entidad. A dicho respecto, la accionada dijo:

“De acuerdo con lo anteriormente explicado, debe señalarse que la Integralidad que solicita el usuario se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de beneficios de Salud.

“Ahora bien, adicional a lo anterior, debe señalarse señor Juez, que exceder los lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, por lo que al evaluar la procedencia de conceder TRATAMIENTO INTEGRAL que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente, es conveniente mencionar lo previsto en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, el cual señala que la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares.

“Por lo tanto, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

“ ...

“Igualmente, siguiendo esta línea interpretativa de que el JUEZ NO ESTÁ FACULTADO PARA ORDENAR PRESTACIONES O SERVICIOS DE SALUD, la jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera enfática, que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente.

“Bajo esta premisa, es claro que el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante en dicho sentido, toda vez que no es constitucionalmente admisible que, en su labor de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

“En otras palabras, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la entidad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental. Máxime, es frecuente que los tutelantes solicitan el reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud sobre un conjunto de prestaciones relacionadas con la enfermedad o condición que haya sido diagnosticada. Cuando esto sucede, hay veces en que las prestaciones aún no han sido definidas de manera concreta por el médico tratante y corresponde al juez de tutela no hacer determinable la orden por cuanto no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. A su vez, en todo caso, el principio de integralidad no debe entenderse de manera abstracta y supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente.”

(iii). Y finalmente, en lo que atañe a punto del recobro sobre la prestación de los servicios no contemplados en el plan de beneficios en salud, luego de hacer alusión en extenso a la normatividad vigente, echó de menos una autorización a la accionada en dicho sentido.

Con esas premisas y en lo que atañe al embate inicial abordado, se petitionó revocar la concesión del amparo en lo que atañe al denominado tratamiento integral y subsidiariamente, en caso de que dicho pedimento no saliere adelante, se solicitó se adicionara el fallo cuestionado en el sentido de facultar a NUEVA EPS a perseguir de la ADRES los recursos que la primera ha sufragado en lo que atañe a la prestación de servicios para la actora no cubiertos por el plan de beneficios en salud. En palabras del apoderado VALBUENA JIMENEZ, *“se ordene a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos.”*

Seguidamente, en el segundo texto de impugnación al fallo constitucional, se persigue un pronunciamiento de mayor severidad pues se alude a la revocatoria de aquel y a la denegación de lo pretendido por activa. Para justificar tal pedimento, en un texto bastante extenso se reprocha que en lo que toca con el caso de la paciente no se ha agotado el cumplimiento de los puntos o requisitos insertos en el protocolo de atención médica contenido en la guía clínica expedida al respecto por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Teniendo en cuenta la reglamentación en mención, la impugnante expone, en sus palabras, que *“en el caso concreto, de acuerdo con las recomendaciones emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en su guía de*

*práctica clínica para el manejo de la obesidad, de la cual se anexó copia al escrito de contestación de la acción de tutela de la referencia, **se requiere una evaluación preliminar de todo paciente con diagnóstico de obesidad** para evaluar las condiciones asociadas y su manejo previamente para determinar si la obesidad es secundaria a otra patología o está relacionada con algún síndrome clínico por lo cual se requiere del abordaje de un equipo multidisciplinario previo al ingreso a la junta médica para la cirugía bariátrica". De tal punto, se entiende que a juicio de la inconforme hace falta la evaluación preliminar de la paciente promotora del amparo.*

Y líneas adelante, restando importancia a los folios de la historia médica allegada por activa, se da a entender que la paciente no requiere la operación formulada, sino que bien podría superar sus patologías ligadas a su obesidad con un manejo farmacológico, en los siguientes términos:

"Adicionalmente la guía de práctica clínica recomienda la intervención del equipo multidisciplinario para inicialmente dar un manejo farmacológico con un objetivo terapéutico y evaluar si el paciente puede ser manejado médicamente con las intervenciones multidisciplinarias y fármacos para la obesidad que la guía recomienda: "Se recomienda que el objetivo terapéutico de pérdida de peso de cualquier intervención para el manejo del sobrepeso u obesidad en adultos, sea la reducción de al menos un 5% del peso basal en un período de 6 a 12 meses."

"En el caso concreto, tal y como se informó al Accionante por parte de Nueva EPS, no se ha cumplido con esta guía clínica que propende por la seguridad del paciente (1) - Accionante, pues si bien ha venido siendo tratado interdisciplinariamente se encuentra pendiente la conclusión del tratamiento farmacológico y/o los demás exámenes médicos contenidos en la historia clínica."

Finalmente, conviene aludir al siguiente aporte conclusivo del reparo:

"Ahora bien, tal y como se indicó en el escrito de contestación de la acción de tutela, NUEVA EPS NO HA NEGADO LA CIRUGÍA; reitera que si bien la cirugía bariátrica puede ofrecer muchos beneficios, todas las formas de cirugía para perder peso son procedimientos importantes que pueden presentar riesgos y efectos secundarios graves, por tanto es necesario en cada caso particular agotar el estudio de análisis previo, con lo cual y la decisión del médico tratante, se defina que lo que conviene al Afiliado desde el punto de vista de la seguridad - paciente, es practicar o no la cirugía bariátrica.

"Por lo que si bien la influencia del concepto del médico tratante es muy importante, la claridad de las pruebas y de la información científica, representan y reflejan la valoración integral de lo que desde el punto de vista técnico - científico conviene a la seguridad del paciente..."

Por supuesto que todas las explicaciones de la segunda impugnación van encaminadas a sembrar la idea de que a la fecha no se ha agotado

la guía que en lo que atañe a tratamiento sobre la obesidad ha emitido la autoridad estatal y que el agotamiento de dicha guía es incluso de mayor importancia que el concepto específico del médico tratante.

Con esos prolegómenos deben abordarse tres temas esenciales a saber: (i) Los requisitos de procedencia de la emisión de ordenes de tutela encaminadas a que a los pacientes se les realicen procedimientos médicos para menguar patologías derivadas de la obesidad mórbida autorizados por el médico tratante pero denegados por la EPS; (ii) El agotamiento de los requisitos para que la actora accediera al denominado tratamiento integral y; (iii) El recobro de la EPS hacia el ADRES, como compensación a las cargas económicas asumidas por la primera para proveer servicios médicos y no médicos ligados a la salud no contemplados en el llamado plan de beneficios.

Con ese norte, se acude a la siguiente argumentación anticipando que no va a revocarse la providencia atacada, así:

- (i) La guía estatal de tratamiento de la obesidad en contra posición al dictamen del médico tratante.

Ha de partirse de la base de que la Corte Constitucional ha establecido subreglas para proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas a las personas que padecen cualquier afectación que impide el uso y disfrute de su cuerpo y de su mente en las mejores condiciones funcionales y en especial entre ellas se encuentra la patología de obesidad mórbida.

Así mismo, se ha convertido en costumbre que en el sistema de salud que opera en Colombia no son autorizados algunos servicios por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), ni por los entes territoriales, los tratamientos y procedimientos y en estos las llamadas respectivas cirugías bariátricas formuladas por los médicos tratantes. Estas subreglas han sido desarrolladas, reglamentadas y ajustadas acorde a la realidad jurídica, científica y medica en las diferentes providencias proferidas en instancia de revisión que selecciona la Corte cuando se acude a la acción de tutela como único medio de protección incluso supralegal de los derechos fundamentales.

Es así que en los últimos quince años los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, consagrados en la Constitución Política de 1.991, han tenido un alcance y desarrollo progresivo en la Corte Constitucional, en el importante ejercicio de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos que han tenido que recurrir a la acción constitucional de la tutela buscando garantías y protecciones por las vulneraciones a dichas prerrogativas, estableciendo ciertas subreglas que garantizan dicha protección en sus providencias. Tal es el caso, a no dudarlo, de las personas que sufren de problemas de salud por motivo de la obesidad mórbida, quienes están requiriendo se les practiquen cirugías bariátricas ordenadas por los médicos tratantes y que las EPS, tanto del régimen contributivo y subsidiado, así como los entes territoriales (departamentos y municipios) niegan la expedición de la autorización de este procedimiento o habiéndolo autorizado sencillamente no lo practican, argumentando entre otras cosas que: i) no está incluido en el plan obligatorio de salud (POS) en antaño o actualmente llamado plan de beneficios de salud; ii) que existen otros métodos menos rigurosos que deben agotarse para bajar de peso, como corresponde a uno de los puntos esgrimidos en la impugnación; iii) que sus gastos deben ser asumidos por el paciente como particular y; iv) que además se deben cumplir con ciertos formalismos y procedimientos administrativos para autorizar el procedimiento quirúrgico.

Y por supuesto esas situaciones enlistadas en el párrafo anterior, ciertas o no, ponen en grave riesgo la salud y la vida en condiciones dignas de estas personas, pues corresponde a cortapisas al debido manejo de sus múltiples patologías y enfermedades que se generan por causa de la obesidad mórbida que, dicho sea de paso, corresponde a una enfermedad crónica que para ser morigerada tiene un recurso prioritario que es el procedimiento quirúrgico, cuando el mismo médico tratante así lo ha concluido.

El Bypass gástrico y en general las cirugías similares a análogas (como bien corresponde a la gastrectomía vertical (manga gástrica) por laparoscopia), ha sido concedidos por la Corte Constitucional aplicando inicialmente las reglas generales de procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios médicos no incluidos en el POS, debido a que, se recalca, en antaño se creía que éstas cirugías estaban excluida del plan obligatorio de salud. Empero, esa situación fue superada en la

sentencia T-414 de 2.008, pues allí, luego de los debidos ejercicios de ponderación e interpretación, se verificó que dichos procedimientos estaban incluidos en el plan de beneficios pero con otra denominación.

Al respecto, en dicha providencia se dijo:

“Para finalizar, en lo que respecta a la tercera pregunta que trata sobre lo descrito en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, que hace referencia a las “DERIVACIONES EN ESTOMAGO” bajo el código 07630 Anastomosis del estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estómago en Y de Roux, conforme a los dictámenes solicitados pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como By pass gástrico para cirugía bariátrica, el cual es un procedimiento incluido en el POS, por lo que no existen razones constitucionales ni legales para que las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), se nieguen a autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS)”. (Subrayas ajenas al texto de origen).

Tal precedente ha sido acogido de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional, sirviendo de apoyo para aquellos casos en los que se discute la autorización y la efectiva prestación o provisión del procedimiento de bypass gástrico o cualquier otro similar. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que debido a la complejidad y riesgos conexos al bypass gástrico, su inclusión en el POS no significa que a todos los pacientes que padecen algún grado de obesidad, deba automáticamente autorizársele la intervención quirúrgica, sino que debe verificarse el cumplimiento de los siguientes criterios:

“(i) La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento.

“(ii) La cirugía no debe tener fines estéticos y se han debido agotar los métodos alternativos al procedimiento tales como (ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc).

“(iii) 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 de la cirugía que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo.

“(iv) El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.”

Una vez verificados los criterios jurisprudenciales señalados anteriormente impone la obligación a la entidad prestadora de salud de

autorizar y proceder a realizar dicho procedimiento quirúrgico, y en caso de renuencia, el juez constitucional deberá corregir la situación y ordenar el amparo del derecho fundamental a la salud del paciente que está siendo afectado.

En el caso sometido a escrutinio, no se ha negado y mucho menos demostrado lo contrario, que la actora, señora MARIA ALEJANDRA ALDANA DIAZ, tiene 32 años de edad, quien fue diagnosticada con obesidad mórbida tipo III, por lo que su médico tratante le ordenó y ello se recalca, no tiene asomo de duda, la práctica de una gastrectomía vertical manga gástrica por laparoscopia, la cual no se le ha podido realizar no porque no se le hubiere denegado la autorización para aquella (pues la autorización fue expedida), sino porque la EPS demandada se niega a realizar el mentado procedimiento.

Entonces, en el momento actual y contrariando incluso el concepto del mismo cuerpo de médicos especializados adscritos a la EPS accionada, apalancándose en las directrices generales establecidas en la denominada GUÍA DE PRÁCTICA CLÍNICA PARA LA PREVENCIÓN, DIAGNÓSTICO DEL SOBREPESO Y LA OBESIDAD EN ADULTOS, no es válida para denegar la práctica de la operación ya formulada y autorizada.

Es decir, si el galeno tratante, quien es a su vez quien detenta todo el saber y la experiencia necesaria para determinar si se debe o no practicar la operación ya enunciada, ha concluido sin ambages que ella debe hacerse, por supuesto que debe inferirse que ese profesional de la salud tácitamente también ha llegado a la conclusión de que otro tipo de tratamientos para la obesidad fincado en ejercicio físico, cambio de rutinas alimentarias, ingesta de ciertos químicos y medicamentos, entre otras, son inidóneos para restablecer la salud de la paciente y por ello no los ordenó. Ello es claro.

En esa condición que refulge de un lógico ejercicio de ponderación, notorio es que acudir a procedimientos de menor impacto a los que respecta a una cirugía son inidóneos y es por ello que debe respetarse y materializarse la solución dada al respecto por el médico tratante.

Según publicaciones especializadas, la obesidad mórbida, esto es la también obesidad extrema o de clase III consiste en una enfermedad de

tipo crónico que aparece en el momento en el que existe un exceso de tejido adiposo, grasa, en el cuerpo. Se trata de la enfermedad metabólica de tipo crónico con más prevalencia en los países desarrollados, pero en nada ajena a Colombia, y está asociada a una gran cantidad de enfermedades tales como la hipertensión y la diabetes.

Esta enfermedad está caracterizada por el aumento progresivo de la masa corporal hasta alcanzar un punto en el que este aumento supone un riesgo para la salud del paciente, y a día de hoy supone uno de los problemas más importantes de salud pública en el mundo.

Ahora, también dichas publicaciones coinciden en que disminuir el peso del paciente con obesidad mórbida produce una mejoría de vida en todas las comorbilidades asociadas, así como una mejora tanto en la calidad como en la esperanza de vida, pero ello en ciertos casos avanzados es casi que imposible.

Y no se niega que para bajar peso existen dietas específicas combinadas con ejercicio, pero ello en casos muy avanzados resulta igualmente insuficiente o inútil. Por ende, en los casos en los que ni la dieta ni el ejercicio se muestran como tratamientos efectivos, atendiendo al concepto médico especializado, se plantea como única la opción de llevar a cabo una intervención quirúrgica.

La opción quirúrgica para acabar con la obesidad mórbida es la llamada cirugía de la obesidad, de la que existen varias técnicas. No obstante, estas se realizan mediante laparoscopia, de forma mínimamente invasiva con pequeñas incisiones que permiten un postoperatorio sencillo y una rápida recuperación. Y a su vez existen dos tipos de cirugía de la obesidad. Por un lado, la cirugía restrictiva, como la manga gástrica o la tubulación, en la cual se achica el estómago. Por otro lado, la opción más conocida es la cirugía malabsortiva, que incluye, entre otras, el bypass gástrico.

Por lo dicho, si el médico tratante en el caso de la paciente demandante en sede constitucional llegó a la conclusión de que la solución para mejorar la salud de aquella era la cirugía, tal concepto debe ser respetado y materializado. Por ello, no se procederá a la revocatoria del proveído cuestionado.

(ii) El tratamiento integral.

Se recuerda que en el fallo que ocupa la atención del Despacho en sede de segunda instancia, en su disposición tercera literalmente se ordenó “a la NUEVA EPS, a través de su presidente doctor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 79.267.821, o quien haga sus veces, preste TRATAMIENTO INTEGRAL a la señora MARÍA ALEJANDRA ALDANA DÍAZ identificada con cédula de ciudadanía No.1070705914 para la patología OBESIDAD NO ESPECIFICADA” y claramente en el primer texto de impugnación se afirma que en el caso particular no se dieron los requisitos para haber realizado tal decreto.

Respecto del tratamiento integral, en la sentencia T-475 de 2.020, en el punto 59 de sus fundamentos, el Alto Tribunal Constitucional condicionó su decreto vía tutela a dos requisitos esenciales a saber: (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos (que aquí ha sucedido) y; (ii) que existan las órdenes correspondientes emitidas por el médico tratante en que se especifiquen las prestaciones o servicios requeridos por el paciente.

El primer presupuesto está demostrado en el dossier, porque justamente la prosperidad del amparo constitucional está cimentada en la negligencia inculcable de NUEVA EPS, al demorar sin justificación válida la programación y realización de la cirugía denominada gastrectomía vertical manga gástrica por laparoscopia, pese a que fue ordena y a no decirlo autorizada.

Pero el expediente no ofrece al analista prescripciones del médico tratante en donde estén especificadas las prestaciones o servicios que a futuro inmediato requiera la actora, tales como consultas generales o especializadas, procedimientos, intervenciones, exámenes de laboratorio, hospitalizaciones, terapias, etc.; a falta de estas prescripciones, no puede el juez de tutela ordenar un tratamiento integral, sin tener a la mano la fórmula médica de los servicios en salud indispensables para el paciente, porque se estaría reemplazando, con meras consideraciones jurídicas, la actividad esencial del médico tratante en el empeño científico de su restablecimiento. Ello es claro.

Así mismo, en la sentencia T-394 de 2.021 de la Corte Constitucional, en el acápite tratamiento integral, en los números 27 y 28 de sus fundamentos y consideraciones, se expresó lo siguiente:

*“27. La jurisprudencia constitucional ha diferenciado el principio de integralidad del tratamiento integral. Respecto del primero, señaló que es un mandato que debe guiar las actuaciones de las entidades prestadores del servicio de salud. En cuanto al segundo, expuso que es una orden que puede proferir el juez de tutela. Su cumplimiento supone una atención “ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad del usuario”. **De manera que, en esos casos, la prestación del servicio de salud debe incluir todos los elementos que prescriba el médico tratante.***

*“28. Para ordenar el tratamiento integral, el juez de tutela debe verificar que: (i) la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes; (ii) existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o insumos que requiere; y, (iii) el demandante es sujeto de especial protección constitucional o está en condiciones extremadamente precarias de salud. En estos casos, **el tratamiento del paciente debe estar claro, en tanto que la autoridad judicial no puede pronunciarse respecto de asuntos futuros e inciertos ni presumir la mala fe de la EPS**”. (Los subrayados y las negrillas son extraños al texto original).*

Siguiendo estas orientaciones vinculantes, no resulta posible acceder a emitir la orden de tratamiento integral, porque, pese a estar acreditada la negligencia de la EPS, pues la cirugía debió ser practicada a la paciente en el mes de septiembre de 2.022, no existen prescripciones médicas adicionales que especifiquen los servicios o insumos requeridos por el paciente en el futuro inmediato (con excepción, claro está, de la gastrectomía vertical manga gástrica por laparoscopia). Los facultativos encargados de combatir sus patologías no han formulado recomendaciones para el evento de un tratamiento integral, ni han precisado su conveniencia o su necesidad. Decretarlo en las condiciones actuales implica una decisión judicial sin justificación médica, equivalente, sin duda, a una orden abstracta, en la medida en que se desconoce, de modo absoluto, la puntualización expresa de prestaciones en salud ordenada por el médico encargado de su restablecimiento.

La sola petición de la accionante no reemplaza la prescripción médica, ni es suficiente para impulsar la integralidad de su tratamiento.

Además, en este momento no es atendible la pretensión del tratamiento integral, porque hace falta el “diagnóstico médico que haga determinable, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe

adelantar para garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal.”

La cita anterior en letra cursiva corresponde a la sentencia T-266 de 2.020, en donde la Corte Constitucional estima que son tres las etapas que cubren el derecho al diagnóstico: identificación, valoración y prescripción. La competencia para emitirlo es del médico tratante adscrito a la red prestacional de la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, por estar capacitado para esa labor y porque conoce la historia clínica del paciente. A su vez, la providencia agrega lo siguiente:

“Por lo anterior es posible concluir que el diagnóstico médico se constituye en el punto de partida para garantizar el acceso a los servicios de salud; toda vez que, a partir de una delimitación concreta de los tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos requeridos, se pueden desplegar las actuaciones médicas tendientes a restablecer la salud del paciente”.

En las condiciones expuestas se revocará la disposición relativa al tratamiento integral, pero se advertirá que todo procedimiento encaminado a restablecer la salud de la actora precedido de la orden del médico tratante debe ser prestado sin más dilaciones y sin acudir a la lectura de documentos genéricos que no reemplazan la opinión médica.

(iii) El recobro.

Así las cosas, cuando el juez constitucional refiere en la parte resolutive de su decisión que “autoriza a la EPS a realizar el recobro ante el ente territorial o ante el FOSYGA de los elementos no cubiertos por el Plan de Beneficios”, no quiere decir necesariamente que la EPS tiene garantizado que va a recibir los recursos esperados sin más ejercicios. Una lectura muy diferente de la disposición recurrente en fallos de tutela del linaje estudiado es que sencillamente se repite el contenido de la ley, pues con o sin la disposición judicial anotada entre comillas, la EPS puede hacer la solicitud de recobro ya sea ante el ente territorial o ante el FOSYGA, siempre y cuando se presenten las condiciones que determine ya sea la ley 1438 de 2.011 o cualquier otra nomenclatura vigente.

En conclusión, de suyo la EPS tiene la facultad de pedir el recobro de lo prodigado al usuario no incluido en el Plan de Beneficios, con independencia de la autorización o no del Juez de Tutela. Empero, el

debate que pueda suscitarse sobre la procedencia de la devolución de los recursos y del porcentaje de tales devoluciones ha de surtirse en instancias muy distintas a las que atañen al juez constitucional que tramita el amparo al derecho fundamental de la salud.

Esta óptica del tema del recobro se encuentra debidamente ilustrada, como fue anunciado, en la sentencia del 16 de diciembre de 2.011, proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Civil Familia, dentro del radicado No. 25875-31-001-2011-00138-01, con ponencia del Doctor JAIME LONDOÑO SALAZAR, así:

“Ahora bien, en ejercicio del deber de entregar sin demora los servicios no POS-S, efectivamente asiste con posterioridad a las EPS-S, se insiste, el derecho de adelantar ante la entidad territorial el recobro por los valores que tuvo que sufragar para el fin, facultad que tiende a proteger el equilibrio financiero. A ésta temática se circunscribe la otra censura de la impugnante, la que tampoco tendrá prosperidad ya que la proporción, o el porcentaje, la procedencia y demás vicisitudes relacionadas con el recobro son, por entero, ajenas al escenario constitucional.

“Ciertamente, la suscitada cuestión del recobro por procedimientos y medicamentos excluidos del POS-S, está plenamente regulada, es decir, se sujeta a los lineamientos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y normas concordantes, a las disposiciones contenidas en los ya citados contratos de vinculación que celebra el ente territorial con las entidades promotoras de salud, además, a derroteros que se desprendan de la regulación jurisprudencial, de donde se sigue que, claramente delimitadas las reglas que gobiernan el recobro, ningún sentido tiene la intervención del juez de tutela, escapando esa materia a su ámbito de competencia.

“Así las cosas y sin más disquisiciones, se despachará adversamente la impugnación interpuesta y, por las razones mencionadas, habrá de modificarse la sentencia apelada, en el sentido de revocar la orden de recobro concedida ante la secretaría de salud accionada.”
(Las subrayas son del actual Juzgado).

Así se entendía el tema en antaño.

Ahora, en tiempo presente, la conclusión del punto no ha cambiado, pues debe decirse que no existe obligación del juez de tutela autorizar expresamente a las EPS para realizarlo, pues mal haría en entrar a definir un asunto administrativo de contenido económico que no tenía por qué ser abordado en el marco del trámite constitucional referente exclusivamente al resguardo de la salud, pues así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de diciembre de 2.012, en la radicación No. 64.348:

“Ahora, en cuanto a la orden de reembolso reclamada por el impugnante, se tiene que el Art. 14, lit. j) de la ley 1122 de 2007 preceptuaba que, en aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen

contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el FOSYGA. Sin embargo, la norma atrás referida fue derogada expresamente por el art. 145 de la Ley 1[4]38 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Así, entonces, no existiendo ninguna premisa normativa que obligue al juez constitucional a facultar expresamente a las EPS para realizar recobros por la asunción de pagos derivados del suministro de medicamentos, servicios o implementos excluidos del POS, se establece que dicha temática no es de la órbita de la acción constitucional, pues no resulta procedente entrar a definir un asunto administrativo de contenido económico en el marco del amparo...”

Como consecuencia de lo antedicho, se advierte que el reembolso resulta ser un asunto administrativo de contenido económico y, por contera, tal y como así lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, lejano a la órbita competencial del juez de tutela, razón por la que no se emitirá ninguna orden al respecto.

En las condiciones expuestas, se confirmará el proveído cuestionado, ero se aclarará que los servicios médicos a prestar por parte de la accionada a la agenciada deben estar precedidos de la orden del galeno correspondiente (entendiendo que no se accede al tratamiento integral).

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo de Familia de Villeta, Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Revocar la disposición tercera de la sentencia del 8 de marzo de 2.023 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Vega, Cundinamarca, pero entendiendo que NUEVA EPS, se encuentra obligada en adelante y en lo sucesivo y especialmente sin dilación alguna, a prestar, proveer y/o suministrar todos los servicios, procedimientos, insumos, medicamentos y demás en salud a la señora MARÍA ALEJANDRA ALDANA DIAZ, siempre que aquellos se encuentren precedidos por la orden del médico tratante. Por ende, la EPS en mención se encuentra relevada de prestar servicios que no estén debidamente formulados.

En todo lo demás, se confirma la providencia impugnada.

2. Notifíquese esta decisión a los interesados en el término que establece la ley y por el mecanismo más expedito y haciendo especial uso de la ley 2213 de 2.023.
3. Remítase la presente actuación con destino a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Firmado Por:
Jesus Antonio Barrera Torres
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Promiscuo 001 De Familia
Villete - Cundinamarca

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: **4f1108130c54bf3480ab5b8733dd0984881f1ad59914daa4e2cf675ce764eb5d**

Documento generado en 29/03/2023 03:30:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>