



Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, siete (07) de julio del dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN: 44-001-40-03-002-2022-00116-01. **ASUNTO:** ACCIÓN DE TUTELA **IMPUGNACIÓN. ACCIONANTE:** EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB **ACCIONADO:** SALUD TOTAL E.P.S. **VINCULADO:** ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES-.

Dentro del término legal, esta Agencia Judicial procede a la resolución del fallo de segunda instancia, dentro de la acción de tutela proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Riohacha, La Guajira, el veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022), previo los siguientes:

ANTECEDENTES

Manifiesta la parte accionante, se resume, que tiene 33 años, se encuentra afiliado en el Régimen contributivo de Seguridad Social en Salud a través de la EPS Salud Total, desde los 25 años padece de obesidad y, como consecuencia de ello, fue diagnosticado con obesidad mórbida, apnea del sueño, hipertensión arterial, artrosis de rodilla hígado graso, lo que le ha ocasionado padecer también de hipertensión arterial, dolor en las rodillas y tobillos, disnea de pequeños esfuerzos, ronquido con pausas respiratorias frecuentes durante el sueño y limitación en labores cotidianas, así como dificultad para caminar.

Alega que su médico internista tratante -Dr. Gustavo Adolfo Bultron Pulgar, ordenó interconsulta con cirugía bariátrica, nutrición y dietética, psicología, ortopedia y fisioterapia, además de sendos exámenes de laboratorio tales como (radiografía de tórax, electrocardiograma, radiología de rodilla, examen de hematología, uroanálisis, perfil lipídico, monitoreo ambulatorio de presión arterial, entre otros, los cuales fueron adelantados en su totalidad por profesionales adscritos a la EPS SALUD TOTAL.

Resalta que los médicos de ortopedia, nutrición, medicina interna y psicología, aprobaron y lo remitieron para cirugía bariátrica, por lo que el 06 de abril de la presente anualidad, radicó (rad 0331222217) la documentación para que se le autorizara dicho procedimiento, sin obtener respuesta alguna hasta la fecha.

Afirma que cada mes sigue aumentando de peso, encontrándose ya en 150 kilos, complicándosele las demás patologías, considerando que la que más afecta su diario vivir es la marcha, pues las rodillas y tobillos se le hinchan y eso le impide el poder caminar.

Estima que la remisión a junta médica de la orden de cirugía bariátrica ordenada por la nutricionista, el internista y el ortopedista, no es más que una barrera u obstáculo para el usuario, pues no ve que esa junta pueda tener mejor criterio que los médicos que ya ordenaron la cirugía bariátrica, a menos que ese grupo esté conformado por el médico bariátrico y el grupo interdisciplinario que efectúan el procedimiento en comento, grupo que también debe tener en cuenta el criterio de los especialistas tratantes.

Por todo lo expuesto, pretende mediante esta acción de tutela, que se amparen los derechos fundamentales invocados, en consecuencia, se ordene a la EPS SALUD TOTAL, que autorice de forma inmediata la cirugía bariátrica y los tramites que ello implique, ordenada por los médicos tratantes y los que ordene el cirujano bariátrica, así como también todos los procedimientos, órdenes y/o exámenes, cirugías, medicamentos relacionados con los mismos. Aunado a ello, que se ordene a EPS SALUD TOTAL, que en caso que la cita con el médico bariátrico o la cirugía misma fuese programada fuera de esta ciudad se cancelen los gastos que se generen por concepto de viáticos, hospedaje y alimentación del actor y un acompañante de tener que permanecer por más de un día en otra ciudad, en virtud a lo dispuso por la Corte Constitucional en Sentencia de unificación SU-508-2020.

Con la solicitud se allegaron unos documentos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Tramite en primera instancia.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Riohacha, La Guajira, admitió la solicitud de tutela el día 16 de mayo de 2022, otorgando un término a la accionada EPS SALUD TOTAL para que respondieran sobre los hechos que dieron origen a la presente acción de tutela; vinculando al trámite a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD



SOCIAL EN SALUD – ADRES.

Respecto del informe solicitado, la accionada **EPS SALUD TOTAL** manifestó, se resume, que,

Que en el presente caso se circunscribe EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB identificada con CC 1118821148 afiliado al sistema general de seguridad social en calidad de beneficiario de cotizante independiente del régimen contributivo, contando con 52 semanas en SALUD TOTAL EPS, 26 semanas en otra EPS, rango salarial 2 por lo que registra un IBC de 3.325.977 pesos, actualmente el estado de su servicio se encuentra ACTIVO.

De acuerdo a la historia clínica con SALUD TOTAL EPS, el accionante desde la activación de su afiliación no ha solicitado atención médica ni prestación de servicios en las IPS de la red de prestadores en la ciudad de Riohacha por antecedentes de Diabetes, Mellitus, Hipertensión Arterial, Apnea del Sueño u Obesidad.

Afirma que a través de medio telefónico se le informó al señor EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB, que cumple con la realización de los diferentes procedimientos prequirúrgicos y se enviarán a la IPS Central Policlínico Olaya de la ciudad Bogotá, para la nueva fecha de programación.

Que en el presente caso se está ante un paciente con OBESIDAD MORBIDA, que amerita valoración en JUNTA DE CIRUGIA BARIATRICA, por lo que la EPS lo remitirá con profesionales adscrito a la IPS Centro Policlínico Olaya de la ciudad de Bogotá.

Para la valoración de cirugía bariátrica se debe contar con reporte de endoscopia de vías digestivas, ecografía abdominales hígado, vías biliares, páncreas y vesícula, rayos x tórax RX tórax, electrocardiograma; laboratorio clínico glucosa TSH, valoración por nutricionista y psicología: Por lo anterior autorizan cada una del procedimiento diagnóstico previo a Junta de Bariátrica: los cuales se realizarían en la IPS que pertenecen a la red de prestadores.

En acercamiento telefónico al señor EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB, cumple con la realización de los diferentes procedimientos pre-quirúrgicos, se enviarán a la IPS Control Policlínico Olaya de la ciudad Bogotá, para la nueva fecha de programación. En acercamiento telefónico al señor EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB se le notifico de las autorizaciones de servicios del PROTOCOLO DE CIRUGIA BARIATRICA de la EPS.

Dicen que le informan al señor EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB que por su patología amerita entrar y concluir protocolo de cirugía bariátrica y obesidad liderado por el médico familiar y soportado por los especialistas de Obesidad. El señor EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB tan pronto tenga todos los resultados de los procedimientos y diagnóstico se le PROGRAMA CONSULTA CIRUGIA BARIATRICA EN LA IPS CENTRO POLICLINIC DE OLAYA BOGOTA, y a los 5 días de la consulta de programa la realización del BYPASS GASTRICO. Que el paciente EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB acepta lo explicado.

Enfatiza que la adherencia al programa, es un aspecto fundamental e imprescindible, de acuerdo con la junta nacional de expertos en obesidad, basados en la sociedad americana de cirugía bariátrica y metabólica, con el fin de brindar una atención pertinente y segura a estos pacientes, ya que el tratamiento de la obesidad es muy complejo, y debe lograrse la adecuación del paciente para asegurar el éxito de la cirugía. por ello, es que estos pacientes son ingresados en el programa de obesidad de la compañía, en donde se les hacen las evaluaciones necesarias para prepararlos, desde el punto de vista clínico, para el tratamiento de su obesidad. esto incluye la estabilización y control de las comorbilidades que cada paciente tenga.

Asegura que, si el tutelante decide de manera consciente y voluntaria modificar su estado de salud, a través de un tratamiento integral, SALUD TOTAL EPS le ofrece los servicios, por lo que deberá acudir a las citas programadas y así comenzar su tratamiento para la obesidad.

Por otra parte, aclara que, el accionante presenta la acción de tutela sin que hubiera sido remitido por ningún médico adscrito a la EPS, para la realización de la cirugía de algún tipo, dado el conocimiento de la historia clínica del paciente; que no existe prueba dirigida a demostrar que se llevaron a cabo tratamientos que hubiesen fracasado en el intento de hacer descender de peso al accionante; que el paciente solicita una cirugía sin llevar a cabo los tratamientos ordinarios para bajar de peso; que al paciente nunca se le ha negado la atención, y, por el contrario, siempre se le ha atendido y se le han dado recomendaciones que no ha seguido; y que la E.P.S no niega su disposición a llevar a cabo tratamientos para la enfermedad que padece el accionante y para ello ponen a su disposición todo el equipo médico y nutricional para seguir tratamientos alternos a



la cirugía bariátrica que requieren del compromiso del paciente. Por ello, considera que Salud Total EPS no le ha negado ningún servicio de salud al usuario, así como tampoco le ha vulnerado sus derechos fundamentales.

En cuanto a la solicitud de cubrimiento de gastos de traslado, expone sus argumentos de defensa refiriéndose a una menor de edad (González Guerrero) que no tiene relación alguna con la parte accionante según los hechos y pretensiones de la tutela.

En relación al manejo integral solicitado por el accionante, manifiesta que esa solicitud se encuentra supeditada a hechos futuros e inciertos en el área de la salud. Cada uno de estos requerimientos será analizado con detenimiento e interés por la EPS SALUD TOTAL EPS en su momento y de acuerdo con las condiciones específicas del usuario durante la evolución de su patología,

Por todo lo anterior, solicita que se niegue por improcedente la presente acción de tutela y que en el hipotético caso en que se ordene a SALUD TOTAL EPS la autorización de los gastos de traslado, se ordene al Ministerio de Protección Social a través del ADRES para que en el término de 15 días hábiles contados a partir de la presentación de la cuenta de cobro, pague en favor de esa entidad y en un ciento por ciento (100%) las sumas de dinero que deba sufragar en la cobertura de las terapias que solicita la parte accionante por cuanto como se ha visto dichos entes son los directamente obligados en asumir dicha cobertura y no SALUD TOTAL EPS.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES-**, hace un recuento normativo sobre su creación y funcionamiento, así como de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, y temas relacionados con la falta de legitimación en la causa por pasiva, las funciones de las Entidades Promotoras de Salud – EPS, y los mecanismos de financiación de la cobertura integral para el suministro de servicios y tecnologías en salud.

Seguidamente descende al caso en concreto, manifestando, se resume, que de acuerdo con la normativa expuesta, es función de la EPS, y no de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de dicha Entidad.

Sin embargo precisa que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

Por otra parte, afirma que acerca de la extinta facultad de recobro, a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos.

Por ello, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios y de forma periódica, de la misma forma cómo funciona el giro de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC); lo que significa que la ADRES ya giró a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Adicionalmente, informa que el parágrafo 6° del artículo 5.4 de la Resolución 205 de 2020, establece claramente que en cumplimiento de órdenes judiciales, los costos de los servicios de salud se deben cargar al presupuesto máximo, por lo que considera que el juez debe abstenerse de pronunciarse sobre el reembolso de los gastos que se incurra en cumplimiento de la tutela de la referencia, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y al revivirla vía tutela, generaría un doble desembolso a las EPS por el mismo concepto, ocasionando no solo un



desfinanciamiento al sistema de salud sino también un fraude a la ley.

Por lo anteriormente expuesto, solicita negar el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la ADRES y consecuentemente desvincularla de la presente acción constitucional, pues considera que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor; del mismo modo solicita negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto, según su decir, los cambios normativos y reglamentarios explicados demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación.

Por último, sugiere modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

2. Fallo de Primera Instancia del 27 de mayo de 2022.

Una vez analizados los presupuestos dentro de la presente acción, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Riohacha, La Guajira, por sentencia adiada veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022), previo análisis de la jurisprudencia y las pruebas, decidió:

“PRIMERO: TUTELAR parcialmente los derechos fundamentales del señor EMMANUEL BRUGES HABIB frente a SALUDTOTAL EPS.

SEGUNDO: Ordénese al Representante Legal de SALUDTOTAL E.P.S, que en el término máximo de 5 días siguientes a la notificación del presente proveído programe reunión de junta médica con el propósito de determinar la necesidad y viabilidad de realización de CIRUGÍA BARIÁTRICA en favor del aquí accionante, reunión que deberá realizarse efectivamente en un término máximo de un (01) mes y, a partir de ahí, se inicie el proceso médico a que haya lugar, siempre y cuando se cuente con el consentimiento informado del accionante.

TERCERO: Ordénese al Representante Legal de SALUDTOTAL E.P.S, que en caso de emitir órdenes y/o autorizaciones correspondientes a exámenes y/o procedimientos en favor de EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB que deban ser realizados fuera de su lugar de residencia, esto es, Riohacha según su historia clínica, le sean suministrados los recursos necesarios para transporte donde le sean programadas las citas, además de los gastos propios de transporte interno, alimentación, y alojamiento, estos dos últimos solo cuando corresponda si el accionante debe pernoctar en la ciudad o municipio a donde se deba desplazar, en razón al tratamiento requerido contemplado en su historia clínica y con los fines aquí discutidos.

CUARTO: ADVERTIR a SALUDTOTAL E.P.S, que de rendir la Junta Multidisciplinaria un concepto favorable para la práctica de la cirugía BARIÁTRICA, deberá autorizar y gestionar la práctica de la misma, de conformidad con las prescripciones e indicaciones de los médicos tratantes y sin incurrir en dilaciones injustificadas para su prestación.

QUINTO: Advertir al Representante Legal de la entidad accionada, que la desobediencia al presente fallo acarrea sanciones tal como lo dispone el artículo 52 del Decreto 2591 de 1.991. Una vez de cumplimiento a esta orden judicial informe a este despacho en el término de la distancia.

SEXTO: Notifíquese esta decisión por un medio expedito y eficaz. En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si el fallo no fuere objeto de impugnación dentro de los tres días siguientes a su notificación.”

3- La impugnación.

La suscrita Secretaria del Juzgado de Primera instancia, mediante constancia secretarial del 07 de junio de 2022, paso el expediente tutelar al despacho de la señora juez, haciéndole saber que en fecha dos (02) de junio de 2022 el accionante Emmanuel Bruges, allegó escrito de impugnación. Seguidamente, en fecha seis (06) de junio del año en curso, la accionada Salud Total E.P.S., envía memorial de impugnación contra el fallo de fecha veintisiete (27) de mayo de 2022.

Notificación que si se revisa las constancias de notificaciones del fallo, encuentra este Despacho que se dio en la misma fecha del fallo (27-05-2022) por correo electrónico a las 4:45 pm., con lo



que el término para impugnar sería de conformidad con el artículo 8 del Decreto 806 de 20201, que se encontraba vigente para la fecha de la emisión del fallo, de manera pues que el término para impugnar vencía el 6 de junio del año en curso a las 5:00 pm, que es el horario laboral, no obstante, se encuentra que la impugnación de SALUD TOTAL EPS se recibió en el correo del Juzgado de primera instancia el 6 de junio de 2022, a las 5.53 pm, es decir, por fuera del horario laboral por lo que la constancia secretarial debió especificar que se consideraba presentado el día siguiente 7 de junio de 2022, por ello la solicitud era extemporánea. Ver imagen:

7/6/22, 8:15

Correo: Juzgado 02 Civil Municipal - La Guajira - Riohacha - Outlook

IMPUGNACION DE FALLO DE TUTELA RADICADO: 44-001-40-03-002-2022-00116-00 ACCIONANTE: EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB ACCIONADA: SALUD TOTAL EPS-S S.A.

ENVIOS TUTELA SALUD TOTAL EPS <tutelasenvio01@gmail.com>

Lun 6/06/2022 5:53 PM

Para: Juzgado 02 Civil Municipal - La Guajira - Riohacha <j02cmpalrioa@cendoj.ramajudicial.gov.co>

2 archivos adjuntos (3 MB)

CAMARA DE COMERCIO MARZO 2022 (2) (1).pdf; IMPUGNACION DE FALLO DE TUTELA RADICADO 44001400300220220011600 ACCIONANTE EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB ACCIONADA SALUD TOTAL EPSS SA.pdf;

Por lo que este Despacho pasa a resumir el escrito presentado oportunamente por la parte accionante, quien impugna parcialmente el fallo de tutela antes descrito, alegando que en el fallo cuestionado la honorable juez resolvió *“SEGUNDO: Ordénese al Representante Legal de SALUDTOTAL E.P.S, que en el término máximo de 5 días siguientes a la notificación del presente proveído programe reunión de junta médica con el propósito de determinar la necesidad y viabilidad de realización de CIRUGÍA BARIÁTRICA en favor del aquí accionante, reunión que deberá realizarse efectivamente en un término máximo de un (01) mes y, a partir de ahí, se inicie el proceso médico a que haya lugar, siempre y cuando se cuente con el consentimiento informado del accionante.”* (Fallo de 27 de mayo de 2022).

Para el accionante todas las personas tienen el derecho de acceder a los tratamientos, medicamentos e intervenciones implícitamente incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, concepto que ha venido morigerando la Corte Constitucional en el sentido de romper tales barreras, ello para asegurar el más alto nivel de salud posible en las personas. Tal garantía, a su vez, comporta la posibilidad de contar con un diagnóstico efectivo y de acceder a los procedimientos y servicios médicos requeridos para atender las patologías padecidas, aun cuando estos conlleven un riesgo que incluso el mismo médico tratante puede considerar como demasiado alto, todo ello guarda relación con el ejercicio efectivo del consentimiento informado.

Dicho lo anterior, considera el accionante que la jueza de primera instancia reconoce la necesidad de tutelar el derecho que está esgrimiendo por cuanto de bulto se observa la transgresión por parte de la accionada, no obstante, humildemente discrepa con la decisión adoptada en el ordinal segundo del fallo recurrido, habida cuenta que la misma no se acompasa con la realidad material evidenciada en la tutela, puesto que el médico internista Adolfo Butrón Pulgar adscrito a la EPS (SALUD TOTAL) ordeno al suscrito el 20 de enero de 2022 CIRUGIA BARIATRIA, como se evidencia en la historia clínica de 14 de octubre de 2021, igualmente el 12 de enero de 2022, el medico Ortopedista y Traumatólogo tratante Efraín Monsalvo Cabrera, lo remitió a CIRUGÍA BARIÁTRICA.

Ahora bien en la parte motiva de la providencia dice que la juez manifestó *“De otra parte, mal haría este despacho en ordenar la práctica de la cirugía sin que medie orden expresa de dicho procedimiento, pues en consonancia con lo ya referido, esto es, pág. 7 que eventualmente se estén ordenando procedimientos que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”,* por consiguiente, lo procedente es ordenar a SALUD TOTAL EPS que en el término máximo de 5 días siguientes a la notificación del presente proveído programe reunión de junta médica con el propósito de determinar la necesidad y viabilidad de realización de CIRUGÍA BARIÁTRICA en favor de EMMANUEL BRUGES HABIB , reunión que deberá realizarse en un término máximo de un (01) mes.” Afirmación que dice dista de la realidad, pues del material probatorio aportado por el suscrito, se evidencio su orden.

Con claridad diamantina concluye que contrario a lo manifestado por la a-quo si existen directrices médicas que ordenan la cirugía bariátrica, luego entonces no encuentra razón o argumentos suficiente para ser remitido a una junta médica.

En ese sentido extraña el accionante la razón de ser de enviarme junta médica cuando los médicos tratantes fueron asignados por la accionada de forma clara ordenaron la cirugía bariátrica ordenes

¹ La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.



que consideró son vinculantes y de forzoso cumplimiento para la EPS accionada, pues como se dijo no cree que exista mejor criterio que pueda emitir una junta médica, a menos que la misma este conformada por el medido bariátrica y su grupo de trabajo.

Por ello solicita se revoque el ordinal segundo de la tutela proferida por la Jueza Segunda Civil Municipal de Riohacha - La Guajira, el 27 de mayo de la presente anualidad y en su lugar se ordene a la EPS SALUD TOTAL autorice la cita médica con el medico bariátrica a efectos tramitar los procedimientos que este determine para la cirugía que este considere.

La impugnación fue admitida por medio de auto adiado ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022). Auto que fue notificado a las partes y agotado el trámite de la segunda instancia, la impugnación se resuelve previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Naturaleza de la acción incoada.

La acción de tutela en los términos consignados en el artículo 86 del Documento Constitucional y desarrollados por el Decreto 2591 de 1991, constituye un instrumento jurídico-procesal de naturaleza especial, mediante el cual se pretende obtener de los jueces, a través de un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o en los eventos establecidos para los particulares, siempre y cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo para obtener la pretendida protección.

2. Precedente jurisprudencial. T- 322 de 2018.

“Acceso a medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud.

La ley estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015, recoge, en buena medida, los argumentos planteados en la sentencia T-760 de 2008. Así, a modo de síntesis, el artículo 2º reitera el carácter fundamental del derecho a la salud, al indicar que este es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo, tal como lo describió dicha jurisprudencia.

En ese sentido, tanto la sugerida sentencia como la Ley Estatutaria estipulan que en lo que tiene que ver con la integralidad del servicio de salud, este no puede fragmentarse, por cuanto la responsabilidad en la prestación de ese servicio implica beneficiar, en todo momento, la salud del paciente:

“Artículo 8º. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (...)”

De igual manera, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 advierte que, si bien es deber del Estado garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos a través de la prestación de servicios y tecnologías de carácter médico, dicha obligación encuentra una excepción en los eventos en los que el procedimiento solicitado se encuentra enmarcado en alguna de las siguientes causales:

“(...) a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica.

c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica.

d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente.

e) Que se encuentren en fase de experimentación.

f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el



Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad. (...)”.

De la lectura de la anterior norma se puede inferir, igualmente, que el Ministerio de Salud y la Protección Social es la entidad que debe definir, explícitamente, cuáles servicios o tecnologías deben ser excluidos de Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación; por lo que podría interpretarse que los servicios que no se encuentren específicamente excluidos, se entenderán cubiertos por el aludido Plan. Así lo sostuvo esta Corporación en la Sentencia C-313 de 2014 al estudiar la constitucionalidad de la Ley estatutaria del derecho fundamental a la Salud:

“(...) Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas.”.

En ese sentido, el Ministerio de Salud y de la Protección Social profirió la Resolución 5267 de 2017, en la cual adoptó un listado de servicios y tecnologías que serían expresamente excluidas del Plan de Beneficios en Salud, descartando así una serie de procedimientos y prestaciones médicas de la posibilidad de que sean sufragadas por recursos provenientes de la UPC.

No obstante, lo anterior, el citado Ministerio por intermedio de la Resolución 5269 del mismo año, determinó una serie de servicios y tecnologías que quedaban incluidas dentro del Plan de Beneficios en Salud.

En ese sentido, el Ministerio en cuestión creó un sistema de salud híbrido que contempla tanto inclusiones como exclusiones, y el cual, evidentemente, no tuvo en consideración que no todos los procedimientos o prestaciones médicas quedaron vinculados en uno de tales listados; ello, trajo como desenlace que buena parte de estos insumos, prestaciones y servicios médicos no contaran con una reglamentación explícita en relación con el acceso a los mismos por parte de los pacientes.

Por otra parte, algunos pronunciamientos de esta 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.”

Cada uno de los anteriores presupuestos ha sido abordado progresivamente por esta Corporación a través de su copiosa jurisprudencia, al dotar a tales reglas de mayor rigurosidad.

En relación con el primer presupuesto, (i) la medida para determinar en qué grado la falta del servicio solicitado es necesaria, se debe basar en la búsqueda por mantener unas condiciones de vida dignas al paciente.

El segundo requisito se basa en que (ii) la prestación que reclame el ciudadano cuente con un respaldo científico en lo que a efectividad y calidad se refiere y que esta no pueda suplirse por un



medicamento, insumo o procedimiento que sí esté en el Plan de Beneficios y que sirva para el mismo fin.

La tercera de las exigencias consiste en que, en principio, (iii) es el médico tratante adscrito a la EPS la autoridad con el conocimiento suficiente para establecer cuáles son los tratamientos que requiere el afectado para superar su enfermedad. Empero, al existir el concepto de un médico no adscrito que ratifica la conveniencia de los medicamentos, insumos o servicios reclamados por vía de tutela, tal dictamen sólo puede ser desvirtuado, exclusivamente, con fundamento en motivos científicos.

Para finalizar, en lo que concierne al cuarto presupuesto, (iv) la jurisprudencia ha establecido que el Estado, a través de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud-ADRES-, está llamado a cubrir exclusivamente aquellas prestaciones cuyo destinatario no está en capacidad de solventarlas. En este ámbito, la situación económica del solicitante debe evaluarse con fundamento en criterios de racionalidad y proporcionalidad. Si como resultado de dicho análisis se concluye que el interesado o sus familiares cuentan con los recursos necesarios para pagar el medicamento, elemento o procedimiento solicitado, entonces les corresponderá asumir dicho costo. Por el contrario, si el paciente o sus parientes no poseen los medios para sufragar tales conceptos, el Estado podrá ser el llamado a afrontar dicha carga.

Las pautas anteriormente descritas han sido empleadas por este Tribunal en la valoración de múltiples controversias atinentes al acceso de diferentes medicamentos, tratamientos, procedimientos e insumos excluidos del POS; verbigracia en cuestiones tales como el acceso a servicios de enfermera en el domicilio del paciente, cuidadores en sujetos de especial protección constitucional y transporte para usuarios del sistema de salud.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016 estableció el procedimiento para que, cuando se ordenaran servicios no incluidos en el antiguo POS, ahora Plan de Beneficios en Salud, fuera posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, a la entidad territorial correspondiente.

De tal manera, es pertinente que para aquellos servicios y tecnologías que no se encuentran excluidos de Plan de Beneficios en Salud, pero tampoco incluidos en el mismo, es decir, que “se encuentran en un limbo jurídico”; el juez constitucional constate que se cumplen con los criterios fijados por la Sentencia T-760 de 2008 para que, de tal manera, se pueda autorizar un servicio, insumo o tratamiento no incluido dentro del aludido Plan.



3.- Examen sobre la procedibilidad de la acción de tutela.

De conformidad con el artículo 86 Superior y en concordancia con lo previsto en los artículos 1º, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.

Con fundamento en lo expuesto, es necesario verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia formal de la acción, como acto previo al estudio de la presunta vulneración – problema jurídico-, asunto del cual este Despacho se ocupará a continuación:

3.1. Legitimación.

3.1.1. Legitimación en la causa por activa.

En lo relativo a la legitimación por activa para interponer la presente acción, se considerará que ésta se encuentra satisfecha, debido a que quien formula la solicitud de amparo constitucional es el ciudadano EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB, identificado con cédula de ciudadanía número 1.118.821.148 quien, igualmente, alega vulnerados algunos de sus derechos fundamentales, entre ellos a la salud por parte de su EPS SALUD TOTAL al negarse autorizarle la realización de cirugía bariátrica. Por consiguiente, en virtud del artículo primero del Decreto 2591 de 1991, la parte accionante cuenta con legitimidad en la causa para demandar la tutela de sus derechos.

3.1.2. Legitimación en la causa por pasiva.

La legitimidad en la causa por pasiva se predica de quien ha incurrido en la presunta acción u omisión que genera la vulneración de los derechos fundamentales.

Respecto de la legitimación por pasiva, se tiene que la acción de tutela fue dirigida en contra de SALUD TOTAL EPS, entidad que funge como la EPS a la que se encuentra afiliado el accionante y que, en ese orden de ideas, es la entidad responsable de garantizar la totalidad de los servicios médicos que sean considerados por los médicos tratantes como necesarios para propender por la recuperación y conservación de la salud del actor y en general de todos sus afiliados.

3.2. Inmediatez.

Dado que la acción de tutela tiene por objeto la protección urgente de los derechos fundamentales del solicitante ante una amenaza grave e inminente, la formulación oportuna de la demanda constitucional de amparo es un presupuesto primordial para la procedencia de este mecanismo.

Se considera que la accionante acudió a la presente acción constitucional en pleno cumplimiento del requisito de inmediatez, dado que: El tratamiento por sus patologías obesidad mórbida, hipertensión arterial, gonartrosis no especificada y apnea de sueño según los documentos obrantes en el plenario, para el caso la historia clínica suscrita por el doctor Gustavo Adolfo Butrón, IPS Clínica Cedes, médico internista, del 14 de octubre de 2021, se dispuso por la obesidad mórbida peso 144 kilogramos: *Realizarle unos laboratorios para remitir a cirugía bariátrica*. Diagnostico reiterado por el mismo galeno en la historia clínica del 20 de enero de 2022, cuando le ordena nuevamente *interconsulta por cirugía bariátrica, psicología y nutrición y dietética*. En igual sentido se encuentra la historia clínica del 12 de enero de 2022, IPS Clínica Cedes, suscrita por el médico ortopedista Efraín Monsalvo, remitiéndolo por la obesidad a *cirugía bariátrica*.

Autorización *de remisión por Cirugía Bariátrica* para el manejo de Obesidad que afirma el accionante fue solicitada ante la EPS el 06 de abril de la presente anualidad, radicado (rad 03312222217) con la documentación para que se le autorizara dicho procedimiento, sin obtener respuesta alguna hasta la fecha. Motivos por los que la vulneración alegada por la accionante debe ser considerada como actual, más cuando la presente acción la interpuso, el 16 de mayo de 2022.

3.3. Subsidiariedad.

Respecto del estudio de subsidiariedad, se tiene que, en principio, la parte accionante podría acudir ante el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que se trata de un trámite que, si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es, que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo. Que le han impedido ser considerado como un



procedimiento que, dadas las complicadas condiciones de salud del solicitante –quien padece obesidad mórbida grado III– y la expedita naturaleza de la protección que requiere –pues en el caso en estudio el accionante padece de enfermedades como hipertensión arterial, hígado graso, apnea de sueño y gonartrosis no especificada–; cuente con el suficiente nivel de eficacia como para inhabilitar la intervención del juez constitucional¹.

Finalmente, siguiendo los lineamientos constitucionales impuestos por la jurisprudencia dada la situación de la accionante, quien padece de obesidad mórbida, se encuentra acreditado el requisito de relevancia constitucional, pues se trata de un paciente a quien presuntamente se le han desconocido sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, porque en su decir, se le niega autorización de cirugía bariátrica, lo que la EPS SALUD TOTAL en su informe alega que se debe activar la ruta dispuesta para este tipo de enfermedad, porque debe seguir el protocolo para cirugía bariátrica. Así las cosas, este Despacho también encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad, debiendo establecer si existe o no vulneración a los derechos invocados.

Reunidas así las condiciones mínimas de procedencia, es viable emprender el estudio de fondo de la controversia.

4. Caso Concreto.

Analizados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, se encuentra que el problema jurídico a resolver será decidir *¿si la EPS SALUD TOTAL amenaza y/o vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana del ciudadano EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB, identificado con cédula de ciudadanía número 1.118.821.148, al no autorizar el procedimiento médico de CIRUGIA BARIATRICA, pese a que sus médicos tratante doctores Gustavo Adolfo Butrón, IPS Clínica Cedes, médico internista, el 14 de octubre de 2021 y 20 de enero de 2022 y el médico ortopedista Efraín Monsalvo, IPS Clínica Cedes, el 12 de enero de 2022, lo remitieron debido a su obesidad mórbida a interconsulta por cirugía bariátrica?*

¹ Ver Sentencia T-121 de 2015, reiterado en, entre otras, las Sentencias T-558 y T-677 de 2016.



En el caso *sub-examine*, la presente acción de tutela fue incoada con la aspiración de que al accionante EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB, se le autorice, por la EPS SALUD TOTAL la realización del procedimiento médico de *Cirugía Bariátrica*, procedimiento que afirma el actor le fue ordenado por sus médicos tratantes internista y ortopedista, como la medida para bajar de peso, por ser un paciente con enfermedades como hipertensión, apnea de sueño, hígado graso y gonartrosis no especificada, por su OBESIDAD MORBIDA GRADO III.

Por lo expuesto, este Despacho dará inicio al estudio del problema jurídico, esto es, **(i)** se abordará la pretensión del solicitante relativa a que la EPS SALUD TOTAL le autorice el procedimiento médico aludido *Cirugía Bariátrica, demás tratamiento y servicios médicos pre y pos quirúrgicos, y gastos de traslados si los servicios médicos son prestados por fuera de su lugar de residencia*, para ello, **(ii)** se analizará si el solicitante satisface los requisitos impuesto por la jurisprudencia para que el Juez Constitucional autorice el cubrimiento de un servicio o tecnología en el sistema de salud que no se encuentra incluido ni excluido del Plan de Beneficios en Salud.

i) De manera pues, que revisada la pretensión principal de la acción de tutela que convoca en esta ocasión al Despacho, que es que se autorice al actor el procedimiento médico de *Cirugía Bariátrica*, se hace necesario destacar que lo que se ordena, es que sea valorado por cirugía bariátrica de acuerdo con las historias clínicas ante la necesidad evidenciada por los profesionales de la salud tratante de que se pueda realizar la aludida cirugía debido a la patología de obesidad mórbida grado III, que padece el demandante. Ver imagen de historias clínicas:

<p>CLÍNICA CEDES NIT: 800193889-8 - C.U.D. HABILITACIÓN 800193889/11 Calle 13 # 11 - 75, Teléfonos (5) 734572 - 7286186 - 7280717 Río hacha - La Guajira</p> <p>HISTORIA CLÍNICA: # 1118821148</p> <p>Nombre Paciente: EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB Identificación: CC 1118821148 Fecha nacimiento: 03/07/1988 Teléfono: 3116334026</p> <p>Sexo: Masculino Edad: 33 Años Dirección: CALLE 21 11 - 151</p> <p>RESPONSABLE: CONSULTA EXTERNA CONTROL 20/01/2022 17:38:00 GUSTAVO ADOLFO BUTRON PULGAR (MEDICINA INTERNA) -REG Nro: 781372</p> <p>TIPO DE CONSULTA (PRESENCIAL O TELECONSULTA) ¿LA CONSULTA ES? PRESENCIAL</p> <p>EVOLUCION ENFERMEDAD ACTUAL: PACIENTE MASCULINO DE 33 AÑOS DE EDAD CON OBESIDAD MORBIDA CON PROBLEMAS DE DOLOR DE RODILLAS QUE LE IMPOSIBILITA LA NORMAL DEAMBULACION EN PRE DE EVALUACION PARA CIRUGIA BARIATRICA POR LA NECESIDAD DE BAJAR DE PESO PARA LOGRAR FUNCIONALIDAD DIARIA DE GRANDES ESFUERZOS NEGIA HIPERTENSION ARTERIAL NEGIA DIABETES NEGIA ALERGIAS TABAQUEISMO NEGIA ASMA BRONQUEAL</p> <p>SIGNOS VITALES: T.A. SISTOLICA: 140.00 T.A. DIASTOLICA: 90.00 FRECUENCIA CARDIACA: 65.00 FRECUENCIA RESPIRATORIA: 18.00 PESO: 144.00 TALLA: 175.00</p> <p>HALLAZGOS: BUENAS CONDICIONES GENERALES NORMOCEFALO CUELLO MOVIL SIN NY TORAX SIMETRICO NORMOEXPANSIBLE RS CS RS S/S MV SIN AGREGADOS ABDOMEN GLOBOSO BLANDO DEPRESIBLE SIN VISCEROMEGALIAS EXTREMIDADES SIMETRICAS EUTROFICAS NO EDEMAS PULSOS PERIFERICOS DISMINUIDOS DE AMPLITUD RITMICOS</p> <p>RESULTADOS PARACLINICOS: RADIOGRAFIA DE AMBAS RODILLAS CAMBIO ARTRICOSO INCIPIENTES PARA HIPERTENSION ARTERIAL: SISTOLICA 140/90 DIASTOLICA 90/60 (APRIL DEL 2019) HB 14.10 HTO 43.7 GB 5750 PLACUETAS 250000 TP 11.9 TPT 30 INR 0.93 GLUCEMIA 95 POST PANORAL 94 CREATININA 0.93 UREA 23 TGO 41 TGP 75 HB GLUCOSILADA 6 TSH 2.54 UROANALISIS NORMAL COLESTEROL 277 HDL 45 LDL 141 TRIGLICERIDOS 205</p> <p>EVALUADO POR ORTOPEdia QUIEN REMITE A CIRUGIA BARIATRICA INDICE DE MASA CORPORAL 47</p> <p>DIAGNOSTICO: Como Diagnóstico Principal se tiene: E660 OBESIDAD DEBIDA A EXCESO DE CALORIAS Tipo de Diagnóstico Principal : 3 CONFIRMADO REPETIDO Finalidad de Consulta: 10 NO APLICA Causa Externa: ENFERMEDAD GENERAL</p> <p>Diagnósticos Relacionados (G473) APNEA DEL SUEÑO (I10X) HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA) HIPERLIPEMIA MIXTA ARTROSIS DE RODILLAS HIGADO GRASO OBESIDAD MORBIDA</p> <p>CONDUCTA: LOSARTAN 50 MGRS VO OD ATORVASTATINA 40 MGRS VO OD INTERCONSULTA CON CIRUGIA BARIATRICA INTERCONSULTA CON NUTRICION Y DIETETICA INTERCONSULTA CON PSICOLOGIA</p>	<p>Nombre Paciente: EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB Identificación: CC 1118821148 Fecha nacimiento: 03/07/1988 Teléfono: 3116334026</p> <p>Sexo: Masculino Edad: 33 Años Dirección: CALLE 21 11 - 151</p> <p>RESPONSABLE: CONSULTA EXTERNA CONTROL 12/01/2022 16:59:00 EFRATIN MONSALVO CABRERA (ORTOPEdia Y TRAUMATOLOGIA) -REG Nro: 1313818</p> <p>TIPO DE CONSULTA (PRESENCIAL O TELECONSULTA) ¿LA CONSULTA ES? PRESENCIAL</p> <p>MOTIVO DE CONSULTA: DOLOR EN AMBAS RODILLAS</p> <p>EVOLUCION ENFERMEDAD ACTUAL: MASC. DE 33 AÑOS DE EDAD CON OBESIDAD MORBIDA SEVERA Y QUIEN REFIERE GONALGIA CRONICA BILATERAL, DE APARICION EXPONTANEA Y DE MAS DE 1 AÑO DE EVOLUCION, DOCHA > IZDA, ACOMPAÑADO DE EDEMA, FALLA, COJERA Y LIMITACION FUNCIONAL.- ADEMAS SE SUMA OCASIONAL EDEMA DE TOBILLOS.-</p> <p>RESULTADOS PARACLINICOS: -RX DE AMBAS RODILLAS DE 19 NOV/21 QUE MUESTRA IMAGEN DE TOTAL NORMALIDAD OSEA ARTICULAR.-</p> <p>DIAGNOSTICO: Como Diagnóstico Principal se tiene: M179 GONARTROSIS- NO ESPECIFICADA, ICPIENTE, BILATERAL</p> <p>Tipo de Diagnóstico Principal : 1 IMPRESION DIAGNOSTICA</p> <p>Finalidad de Consulta: 10 NO APLICA Causa Externa: ENFERMEDAD GENERAL</p> <p>Diagnósticos Relacionados (M179) GONARTROSIS- NO ESPECIFICADA (E660) OBESIDAD- NO ESPECIFICADA</p> <p>CONDUCTA: S/O= BAJAR DE PESO CORPORAL= SE REMITE A CIRUGIA BARIATRICA -EVITAR USO EXAGERADO DE LAS RODILLAS Y DEL USO INDISCRIMINADO DE ESCALERAS. -FISIOTERAPIA 15 SESIONES.-</p>
---	---

(i) Teniéndose en cuenta los lineamientos jurisprudenciales aplicable al caso concreto, es decir, que abordan, lo aquí pretendido, encontramos que en ellos se ha establecido en la sentencia T- 322 de 2018:

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

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



Resulta relevante llamar la atención en que si bien la EPS accionada podría esgrimir que se tratase un servicio expresamente excluido, al poder ser catalogado como uno de carácter estético, lo cierto es que en esta ocasión, como lo determinó el médico tratante, el procedimiento de Bypass por Laparoscopia cumple una función relacionada con la recuperación y cuidado de la salud de la accionante, pues lejos de ser un asunto meramente “estético”, ha sido diagnosticada con “obesidad mórbida” y dicha patología representa un grave riesgo a su salud y a su integridad física.”

Este Despacho al tener en cuenta lo reseñado por la Jurisprudencia, que distingue que el procedimiento de *Bypass por Laparoscopia* al no encontrarse incluido ni excluido dentro del aludido plan, es decir, al hallarse en un espacio *anímico*; procede como Juez Constitucional acudir a los requisitos dispuestos por la Sentencia T-760 de 2008, para precisar la necesidad de ordenar o no a la EPS SALUD TOTAL que se le autorice al paciente la cirugía requerida de manera directa o si vistas las historias clínicas lo que se debe autorizar es la interconsulta por cirugía bariátrica y/o junta médica que previa valoración determine si es necesario para mejorar la salud del actor que sea ordenada la realización de la cirugía bariátrica.

a). 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.

De acuerdo con las historias clínicas aportadas por la parte accionante señor EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB, suscritas, por los doctores Gustavo Adolfo Bultrón, IPS Clínica Cedes, médico Internista, el 14 de octubre de 2021 y 20 de enero de 2022 y el médico Ortopedista Efraín Monsalvo, IPS Clínica Cedes, el 12 de enero de 2022, lo remitieron debido a su obesidad mórbida a *interconsulta por cirugía bariátrica*, médicos que tratan las patologías del actor, Galenos que consideran que el accionante debe ser valorado por interconsulta por cirugía bariátrica, como procedimiento médico *para bajar de peso, es un paciente con hipertensión, hígado graso, apnea de sueño y gonartrosis no especificada, por su OBESIDAD MORBIDA GRADO III.*

Por consiguiente, sería de presumirse que la falta de autorización de la EPS SALUD TOTAL para que sea valorado por interconsulta por *Cirugía Bariátrica* al demandante, pondría en riesgo su salud y sus condiciones de vida digna, pues así lo diagnostican sus médicos tratante, que lo remiten por interconsulta por *Cirugía Bariátrica* como alternativa para bajar de peso, por su OBESIDAD MORBIDA. No obstante, no se observa que cirujano bariátrico alguno como especialista hubiere emitido autorización para realizarse cirugía bariátrica y que con ella se detalle las razones médico científicas del porqué de la cirugía.

(II) 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.

Al analizar las pruebas obrantes en el proceso no podría este Despacho presumir que no exista, dentro del Plan de Beneficios en Salud, un procedimiento que pueda sustituir la cirugía bariátrica que solicita el paciente por medio de esta acción de tutela para poder bajar de peso, pues de las historias clínicas presentadas lo que se observa son las precisiones médicas y diagnósticos de médicos internista y ortopedia que remiten al accionante a interconsulta por cirugía bariátrica, médico que en últimas será quien deberá determinar la necesidad o no de realizar la cirugía debido a su especialidad,

De manera que si bien el actor aporta una autorización por cirugía bariátrica poco legible, datada 20 de enero de 2022, en la que no se identifica el médico tratante que la ordena, si está adscrito a la EPS del afiliado y las razones del porque se ordena, no se encuentra prueba en el expediente de que un médico cirujano bariátrico para mejorar la condición clínica de la accionante ya lo hubiere valorado y determinado que la Cirugía Bariátrica es el tratamiento con mejor opción para mejorar sus problema de salud.

No obstante, si se encuentra prueba de que fue ordenado por sus médicos tratante de sus otras patologías hipertensión, hígado graso, apnea de sueño y gonartrosis no especificada, los doctores Gustavo Adolfo Butrón, IPS Clínica Cedes, médico Internista, el 14 de octubre de 2021 y 20 de enero de 2022 y el médico Ortopedista Efraín Monsalvo, IPS Clínica Cedes, el 12 de enero de 2022, remisión debido a su obesidad mórbida a interconsulta por cirugía bariátrica, cirujano que deberá ser el que determine la necesidad o no de la Cirugía Bariátrica, por lo que este Despacho continuará con el estudio de los requisitos.

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

Para poder hacer veraz los primeros dos requisitos ya estudiados, debe tenerse en cuenta que se debe tratar de una prestación que requiera, necesariamente, del aval del médico tratante y



que no puede ser autónomamente autorizada por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que este termine por exceder sus competencias y experticias al desconocer cuales son los criterios técnicos-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad.

En efecto, debe demostrarse que un **médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente**, fue el que dio la orden en ese sentido, esto es, que determine la **necesidad de la Cirugía Bariátrica**, en este caso se reitera los conceptos médicos y ordenes se han dado en el sentido de que se dé interconsulta por cirugía bariátrica al actor, en este caso se solicita que quien haga dicha valoración – cirujano bariátrica- este adscrito a la EPS SALUD TOTAL.

La EPS SALUD TOTAL, en su escrito de contestación manifestó se destaca que se trata de un paciente con OBESIDAD MORBIDA, que amerita valoración en JUNTA DE CIRUGIA BARIATRICA, por lo que la EPS lo remite con profesionales adscrito a la IPS Centro Policlínico Olaya de la ciudad de Bogotá.

Que para la valoración de cirugía bariátrica se debe contar con reporte de endoscopia de vías digestivas, ecografía abdominales hígado, vías biliares, páncreas y vesícula, rayos x tórax Rx Torax, electrocardiograma; laboratorio clínico glucosa TSH, valoración por nutricionista y psicología: Por lo anterior se autorizan cada uno del procedimiento diagnóstico previo a Junta de Bariátrica: los cuales se realizarán en la IPS que pertenecen a la red de prestadores. En acercamiento telefónico al señor EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB, cumple con la realización de los diferentes procedimientos pre-quirúrgicos, se enviarán a la IPS Control Policlínico Olaya de la ciudad Bogotá, para la nueva fecha de programación. En acercamiento telefónico al EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB se le notifico de las autorizaciones de servicios del PROTOCOLO DE CIRUGIA BARIATRICA de la EPS.

Que le informa al paciente EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB que por su patología amerita entrar y concluir protocolo de cirugía bariátrica y obesidad liderado por el médico familiar y soportado por los especialistas de Obesidad. El señor EMMANUEL DAVID BRUGES HABIB tan pronto tenga todos los resultados de los procedimientos diagnóstico se le PROGRAMA CONSULTA CIRUGIA BARIATRICA EN LA IPS CENTRO POLICLINIC DE OLAYA BOGOTA, y a los 5 días de la consulta de programa la realización del BYPASS GASTRICO.

De manera que visto el informe se encuentra que la EPS alega haber procedido, activar el equipo multidisciplinario médico nutricionista, psicología y cirujano bariátrica para que valorara al actor y dieran su diagnóstico sobre la cirugía Bariátrica, indicando que ya han expedido autorizaciones para los exámenes previos que debe realizarse el actor, no obstante, en el expediente de tutela este Despacho no observa que hubieren aportado prueba de su afirmación, pues si ya existían tales autorizaciones se debían aportar y con ello el juez de tutela tuviera la certeza de que la orden medica debidamente autorizada valoración por cirugía bariátrica ya se estuviera cumpliendo por la EPS, pues al tratarse de derechos a la vida y salud se debe ser garantistas del cumplimiento de los mismo.

5. Conclusiones.

Este Despacho como juez de tutela para poder ordenar la realización de la Cirugía bariátrica solicitada por el actor, debería tener los elementos de juicio de evaluación profesional de un cirujano bariátrico en los que determine la necesidad y se dé la autorización de la cirugía bariátrica, como medio para poder bajar de peso y mejorar la calidad de vida del paciente, lo que no se observa, quedando claro que en este caso, no se pretende desconocer el razonamiento calificado de los profesionales de la salud –médico ortopedista y médico internista-, que valoraron la situación particular de acuerdo con las patologías del accionante y concluyeron la necesidad de interconsulta por cirugía bariátrica, sino que en virtud de esa remisión se debe conocer el concepto medico científico que debe emitir la EPS, a través de su junta médica cirugía bariátrica en la que debe estar un cirujano bariátrico que determine si es necesario como mecanismo para bajar de peso y mejorar el estado de salud del actor que se autorice la cirugía bariátrica.

Ante esto como Juez constitucional, esta Agencia Judicial no puede ordenar de forma directa el procedimiento médico solicitado, lo cual no se traduce en la desprotección de los derechos fundamentales del accionante. Solo que el Juez de tutela solo debe dar la orden acorde con los fundamentos clínicos expuesto en este expediente, que deben ser certeros pues como operador jurídico no se tiene la pericia para determinarlo.

De ahí, se puede concluir que, si bien SALUD TOTAL EPS no ha cumplido con todas las obligaciones que posee por mandato de la Constitución y la ley, pues el actor manifestó haberle dado a conocer el concepto médico de sus tratante a través de radicado del 6 de abril de 2022, en el expediente no aporta prueba de que hubiere activado la ruta que se ha establecido para esta clase de asunto, pues si bien en su informe citan que, han activado los servicios del programa valoración de cirugía bariátrica a favor del actor, de lo que dicen notificaron al actor, no aportan



prueba de que lo afirmado se hubiere realizado, ni prueba de que el actor hubiere sido remitido a valoración por cirugía bariátrica.

De manera pues, que al no tener este Despacho soportes probatorios de que SALUD TOTAL EPS este activando la ruta de valoración por cirugía bariátrica a favor del señor EMMANUEL BRUGES, con ello la certeza médico clínica sobre el diagnóstico y tratamiento que deba seguir el accionante, se debe concluir que el accionante no solo tiene el derecho fundamental a la salud, sí no al igual el derecho al diagnóstico.

6. Decisión.

En consecuencia, se CONFIRMA EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA EN SU INTEGRIDAD, pues revisado el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Riohacha el 27 de mayo de 2022, el mismo está acorde con la protección y garantía que se debe dar a los derechos del actor dadas las condiciones específicas de este caso, pues es necesario fijar un término y una orden para que el actor conozca su diagnóstico por los médicos especialistas que sean del caso, cual es el tratamiento que mejor le resulte para tratar su problema de obesidad mórbida y con el diagnóstico pueda otorgar su consentimiento.

En igual sentido, se debe confirmar que se le autoricen los gastos de transporte donde le sean programadas las citas, además de los gastos propios de transporte interno, alimentación, y alojamiento, estos dos últimos solo cuando corresponda si el accionante debe pernoctar en la ciudad o municipio a donde se deba desplazar, en razón al tratamiento requerido contemplado en su historia clínica y con los fines aquí discutidos.

Pues en este caso la EPS informa que su centro médico para prestar los servicios pre y de cirugía bariátrica es la IPS Centro Policlínico Olaya de la ciudad de Bogotá, ciudad distinta a la de residencia del accionante, de manera que de autorizarse a esa ciudad u otra por fuera de su residencia la prestación de los servicios por valoración y de llegarse autorizar la cirugía Bariátrica, se debe ser garantista de que ellos se realicen, por ello remover cualquier obstáculo económico que lo pueda impedir por falta de recursos para el desplazamiento, encontrándonos que la carga de la prueba de que el actor cuenta con los medios económicos para suplir esos gastos es de la EPS y no solo con la simple afirmación del IBC.

Por último, en lo que tiene que ver con el recobro al ADRES de los gastos en los que incurra la EPS por dar cumplimiento a el fallo, se debe decir que el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, normatividad que debe conocer la EPS SALUD TOTAL, prohíbe que un juez de tutela emita esta orden, pues en él se especifican de donde sale el presupuesto para esta clase de eventos, por lo que resulta notoriamente improcedente la solicitud de la EPS accionada.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado, proferido el 27 de mayo de 2022, por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Riohacha, La Guajira, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE esta decisión al Juzgado Segundo Civil Municipal de Riohacha, La Guajira, y **NOTIFÍQUESE** la presente decisión en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: TAL como lo ordena el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, por Secretaría remítase el expediente para su eventual revisión a la Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez

CÉSAR ENRIQUE CASTILLA FUENTES

Firmado Por:

Cesar Enrique Castilla Fuentes

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 001

Riohacha - La Guajira

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: **581f44d364c7d473324816d17b70439a0f8fa5c752f4bfa94e74f12428c3caa5**

Documento generado en 07/07/2022 04:12:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>