

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR**  
**JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL**  
**AGUSTÍN CODAZZI – CESAR**  
**J01prmpalcodazzi@cendoj.ramajudicial.gov.co**  
**Calle 18 No. 13-07 Barrio Machiques. Tel: 035-5766171**

Agustín Codazzi – Cesar, Febrero Tres (3) de Dos Mil Veintidós (2.022)

REF: Acción de Tutela promovida por el señor JORGE JAVIER DAVID BUSTOS GONZÁLEZ, en contra de I.P.S CLINICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA. Vinculada: UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB.

**Radicación No.: 200134089001-2022-00014-00**

**ASUNTO A TRATAR**

Aborda el Despacho la labor de proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda dentro de la presente Acción de Tutela promovida por el señor JORGE JAVIER DAVID BUSTOS GONZÁLEZ, en contra de I.P.S CLINICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA, habiéndose vinculado como accionada a UT RED INTEGRADA FOSCAL, en defensa de sus Derechos Fundamentales a la Vida, Seguridad Social en Salud, consagrados en los artículos 11, 48, y 49 de la Constitución Política, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes.....

**ANTECEDENTES**

El señor JORGE JAVIER DAVID BUSTOS GONZÁLEZ, mediante solicitud radicada por Reparto en este Juzgado, depreca de esta agencia judicial la protección de sus Derechos Fundamentales a la Vida, Seguridad Social en Salud, consagrados en los artículos 11, 48 y 49 de la Constitución Política, pretendiendo que se ordene a la entidad accionada I.P.S CLÍNICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA, lo siguiente: **a.)** Que se le de remisión al cirujano bariátrico para que este a su vez realice la respectiva valoración y decida de una vez por todas su fecha de operación, ya que ha pasado por todos los especialistas posibles y todos han llegado a la misma conclusión sobre sus problemas físicos y emocionales. **b.)** Que terminada la cita, pide que se le realice la operación de Cirugía Bariátrica. **c.)** Que en forma inmediata a la I.P.S. Clínica de Especialistas María Auxiliadora, le preste de manera integral y continua, todos los servicios requeridos, como exámenes diagnósticos pre y post quirúrgicos, citas médicas, medicamentos no POS necesarios durante y después de la cirugía, terapias, procedimientos que durante el proceso de la cirugía resulten necesarios y operaciones que por motivo de la obesidad se requieran posterior a la cirugía, tratamientos con el grupo de apoyo de la clínica de la obesidad para culminar exitosamente el proceso y demás que sean necesarios para el restablecimiento de sus derechos.

Finca el accionante su solicitud, en los hechos relacionados en la misma, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que hace unos meses se presenté a una cita con el médico general, el cual determinó su remisión hacia el médico internista, en donde le ordenó una serie de exámenes de todo tipo, pero el médico Jaime Alberto Cuello Lascarro fue muy renuente para remitir al endocrinólogo donde afectó su salud emocional trabando su proceso y enviando pastillas que empeoraba su salud física y psicológica.
- Que ha pasado por el procedimiento establecido a fin de evaluar su estado de salud, el cual detalla a continuación:

**Fecha Peso Especialista / Diagnóstico Tratamiento**

28/07/2021 140kg Internista/Obesidad Remisión Endocrinólogo

21/09/2021 141.4kg Endocrinologo/Obesidad Remisión Cirujano Bariátrico

28/09/2021 142 kg Cirugía Externa /Obesidad Remisión Cirujano Bariátrico

21/10/2021 142 kg Ortopedista /Obesidad Remisión Cirujano Bariátrico

02/11/2021 143 kg Internista/Obesidad Remisión Cirujano Bariátrico

2/11/2021 143 kg Psiquiatría/Obesidad Remisión Cirujano Bariátrico

- Que se han detectado en su persona, comorbilidades asociadas a la obesidad, como incapacidad de realizar ejercicios físicos y dolencias que empeoran con la recurrencia de la enfermedad como síndrome de Apnea Obstructiva de sueño, enfermedades Osteoarticulares y otras que no han sido confirmadas pero que aparecen como impresión diagnóstica como trastornos dermatológicos, sin mencionar el menoscabo de su autoestima y capacidad física por el deterioro de su imagen personal que conlleva otros riesgos psicosociales.
- Que después de toda la afectación que sufrió por el maltrato de dicho internista, se logró la remisión al endocrinólogo, donde la cita se realizó el pasado 21 de Septiembre del presente año, el cual ordenó la remisión inmediata al cirujano bariátrico porque determinó que su problema de obesidad mórbida debe ser tratada por el cirujano bariátrico, en medio de eso concluyo que lo tendría que ver 3 meses después de la cirugía y pasado 3 meses no he podido tener ni siquiera la cita con el cirujano bariátrico.
- Que también estuvo en una cita con otro internista, la cual tuvo la misma conclusión del endocrino de que yo debería ser operado de manera urgente, ya que no lo tengo afectación física sino también psicológica y emocional, por lo tanto decidió remitir al ortopedista, al psiquiatra, al psicólogo, al cirujano externo y a la nutricionista, además le ordeno un examen de polisomnografía donde se le detectó una apnea del sueño asociado a desaturaciones severas.
- Que en las citas con los especialistas les comente todos sus problemas físicos donde expuso que le es imposible realizar ejercicios físicos y se le dificulta desplazarse por su contextura física y también les comento que sufre de complejo y no esté a gusto con su cuerpo como se lo dio a conocer a la psicóloga y el psiquiatra, dado estos hechos el ortopedista, le ordenó una serie de exámenes donde concluye que debe realizarse la operación bariátrica con urgencia por su incapacidad de caminar, No obstante esa misma opinión la emitieron la cirujana. externa, el psiquiatra y los demás especialistas que lo han tratado, coincidiendo todos en la remisión a la cita con el cirujano bariátrico, la cual aún no se la han otorgado.
- Que ha agotado los métodos para intentar bajar de peso, como se puede observar en el resumen de su historia clínica asociada, ha asistido a nutricionistas, endocrinólogos, ha recibido tratamiento farmacológico y entrenamiento físico hasta donde sus dolencias lo han permitido y no ha logrado conseguir dicho objetivo de salud o ha presentado baja pérdida de peso y recuperación del mismo.
- Que tal como queda explicitado en la historia clínica que adjunta, se considera de vital importancia para su salud y bienestar, la realización de la Cirugía Bariátrica, dada su enfermedad y diagnóstico como obesidad severa, que al no solucionarse pone en grave peligro su vida, vulnerando el derecho fundamental a la salud y la vida digna, y al derecho que en su conexidad tiene con la salud y la seguridad social a la cual se halló afiliado como beneficiario.
- Que el día 14 de Diciembre del año 2022, presentó un derecho de petición a la I.P.S. Clínica De Especialistas María Auxiliadora a fin de ser remitido a consulta con especialista en obesidad y la respuesta que le dieron fue hacer una junta médica, pero ya pasaron las fechas necesarias y no ha tenido conocimiento alguno de la respuesta que necesita para este proceso, es por eso que se vee en la necesidad de realizar esta acción de tutela.

El accionante aportó como pruebas de sus asertos, las siguientes: **a).** Copia de las historias clínicas del internista, psiquiatra, ortopedista, endocrinología, cirugía externa. **b).** Resultado de la polisomnografía. **c).** Orden del remisión emitido por el endocrinólogo **d).** Orden de cita con el endocrinólogo después en 3 meses después de la cirugía.

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante auto adiado 21 de Enero del cursante año, requiriéndose a la entidad accionada I.P.S CLÍNICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA y a la entidad vinculada UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB-CESAR, para que en el término de dos (2) días contados a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio, se sirvieran rendir un informe sobre los hechos planteados por el peticionario, habiéndose pronunciado estas, en los siguientes términos:

### **CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS**

**I.P.S CLINICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA:** La señora NILSA ROCÍO TRUJILLO ARANA, en su aducida calidad de representante legal de la entidad demandada, al referirse a los hechos de la presente solicitud señala que en la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, compete al despacho analizar la legitimidad para obrar dentro del proceso de la parte demandada y su interés jurídico, pues la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o a las demandadas 1. Con relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"2, de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas 3. Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Agrega que descendiendo al caso en concreto, se observa que la acción de tutela fue interpuesta en contra de LA CLÍNICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA SAS en su condición de IPS, por considerar que determinados derechos fundamentales se encuentran amenazados o violados, tales como LA SALUD, LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, LA SEGURIDAD SOCIAL y LA PROTECCION ESPECIAL, igualmente se observa que las peticiones de la acción de tutela se encaminan a declarar que el demandado, además de vulnerar determinados derechos, está obligado a ejecutar ciertas gestiones administrativas que permitan una prestación integral del servicio de salud al accionante, como la realización de una cirugía bariátrica, el suministro de alimentos y seguimientos al proceso de recuperación. Ahora bien, desde los presupuestos facticos que se anotan en la tutela, es de tener en cuenta su señoría, que no corresponde a esta IPS realizar trámites administrativos encaminados a la autorización de determinados.

Prosigue indicando que los servicios médicos o de salud, dependen por disposición legal y reglamentaria de las EPS, determinadas entidades públicas y en este caso por tratarse de un régimen especial de la UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB-CESAR conforme al contrato que tienen suscrito con el magisterio o FOMAG o Fidupervisora; Se reitera LA CLINICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA SAS presta sus servicios médicos y algunas actividades administrativas como radicación de correspondencia a la UT FOSCAL CUB, pero el directo responsable de la prestación y autorización es la UT, además, una cirugía bariátrica se debe autorizar con el cumplimiento de los criterios médicos.

Indica que desde la prestación del servicio de salud, la clínica CEMA SAS no se encuentra habilitada para realizar ese tipo de ACTOS ADMINISTRATIVOS y tampoco tenemos habilitado el servicio para la realización de una cirugía bariátrica, se recuerda que esta IPS es de II nivel de complejidad y nuestras atenciones o servicios se limitan a la habilitación que otorga la entidad competente.

Por último solicita se desvincule a la Clínica de Especialistas María Auxiliadora S.A.S., de la presente acción de tutela, toda vez que su actuar no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, reconociendo que no se encuentra legitimada para atender las pretensiones del accionante.

**UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB-CESAR:** El señor LUIS ALFREDO NUÑEZ PATIÑO, quien funge como Representante para Coordinador Regional de esta entidad, manifiesta frente a los hechos, lo siguiente: Al Hecho Primero: No es cierto, lo manifestado carece de pruebas. Al Hecho Segundo: se atengo a lo probado en el proceso y prescrito en Historia Clínica. al

Hecho Tercero: No me consta, debe estar descrito en Historia Clínica. al Hecho Cuatro: se atengo a lo probado en el proceso y prescrito en Historia Clínica. al Hecho Quinto: se atengo a lo probado en el proceso y prescrito en Historia Clínica. al Hecho Sexto: No me consta, son apreciaciones subjetivas carente de prueba. al hecho séptimo: No me consta, son apreciaciones subjetivas carente de prueba. al hecho octavo: me atengo a lo probado en el proceso y prescrito en historia clínica.

Frente a las pretensiones de la acción

En cuanto a ordenar la remisión al cirujano bariátrico para que este a su vez realice la respectiva valoración y decida de una vez por todas su fecha de operación, es menester informar que mediante Orden de Servicios N° UT70672461 se ordena y autoriza participación en Junta Médica o equipo interdisciplinario por medicina, integrada por médico especialista en gastroenterología, medicina interna, psicólogo y nutricionista clínica, con fecha de 03 de Febrero de 2022, a la 1:40 pm, en la Clínica de Urgencias de Bucaramanga s.a.s., con el fin de determinar la pertinencia, autorización y programación del procedimiento quirúrgico.

Lo precedente, debidamente notificado al accionante, en el correo electrónico que consta en Base de Datos de la Entidad y en la acción de tutela.

No obstante lo anterior, una vez notificado el accionante, procede a contestar el correo electrónico indicando lo siguiente:

*"Buenos días,  
Cordial saludo*

*Por inconvenientes personales se me hace imposible asistir a la junta ya que me encuentro en otra ciudad, por medio de este correo le solicito que por favor me permitan elegir a un representante jurídico para que por medio de él yo pueda asistir de forma virtual. Espero su comprensión ante mi situación y su pronta respuesta.*

*Muchas Gracias."*

Por lo cual, la funcionaria encargada de del área de programación de cirugías de la U I RED INTEGRADA FOSCAL-CUB, procede a responderle:

*"Buenas,*

*Teniendo en cuenta lo descrito en su correo en cola donde notifica que no puede asistir a la junta programada el día 03-02-2022 hora 2:00pm en la clinica de especialistas mara auxiliadora sede 2 informo que estamos prestos a reprogramarla de acuerdo con su disponibilidad.*

*Una vez cuente con disponibilidad informar con anticipación por este mismo medio con el fin de reunir al equipo interdisciplinario que participará en la junta médica"*

Corolario de lo anterior, es imperioso indicar que la continuidad del proceso se escinde por razones ajenas a nuestra voluntad, toda vez que, la UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB, de manera diligente procede a ordenar la JUNTA MÉDICA para realizar valoración por un equipo multidisciplinar al paciente en referencia. Empero, no se llevará a cabo dicha junta programada por razones del paciente el cual no esta ciudad para asistir a la misma, citación que es importante se realice personalmente puesteo que el equipo médico que lo va a operar va a realizar una evaluación final, la cual no se puede realizar con su abogado porque este no es la persona que va a ser intervenida quirúrgicamente. En consecuencia, estaremos atentos al requerimiento y disponibilidad del paciente, con el fin de programar nuevamente la JUNTA MÉDICA.

Es imperioso indicar que las Entidades Promotoras de Salud deben analizar si la cirugía plástica prescrita por un médico es calificada como "*estética*" o si se trata de una cirugía "*reconstructiva*". No obstante, para determinar su funcionalidad, es necesario partir de la base del criterio del "*profesional en salud tratante*", como lo indica el artículo 37 de la Resolución No. 5592 de 2015, por lo que no basta la simple afirmación por parte de la EPS, ni tampoco del usuario del sistema, para catalogar un procedimiento de estético o funcional, pues dicha decisión debe estar acompañada de los respectivos conceptos médicos o argumentos científicos que así la sustenten.

misma requiere para el restablecimiento de su salud, por ello se puede evidenciar que a la fecha no se ha negado ni omitido la prestación de servicio alguno, por el contrario ha procedido de forma diligente esta entidad como acostumbra a hacerlo con sus afiliados, por lo que mal puede hablarse de la vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno al señor JAVIER DAVID BUSTOS GONZALEZ, por lo que podemos afirmar que en el caso de estudio existe una carencia actual de objeto por cuanto no se encuentra pendiente la prestación de servicio alguna a la fecha, conforme radicaciones de servicios prescritos.

Así las cosas solicita vincular en la presente acción de tutela al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) y a la Fiduprevisora, como entidades responsables de los servicios de salud del accionante debido a que nosotros somos encargados de la prestación de servicios de salud conforme contrato celebrado con esta entidad. Pero las Entidades mencionadas anteriormente son las encargadas de cubrir y administrar los recursos económicos del régimen de excepción del magisterio con el fin de asegurar las necesidades de los docentes y de garantizar todo lo atinente a las prestaciones económicas. Por tanto, consideramos de suma importancia la vinculación de las entidades mencionadas anteriormente, debido a que se garantizarían los derechos fundamentales del accionante, lo que nos permitiría como Entidad prestadora de servicios de salud, llevar a cabo los tratamientos solicitados por la accionante.

Considera entonces el intercesor de la vinculada, que de acuerdo a lo relacionado en acervo probatorio, no se encuentra conculcado ningún derecho fundamental, toda vez que, se ordenó, autorizó y entregó todo lo prescrito por el médico tratante, (Asignando Junta Médica, con fecha de 03 de febrero de 2022, a las 1:40 pm, en la Clínica de urgencias Bucaramanga, a la cual no puede asistir el paciente por no encontrarse en la ciudad), por lo que, las afirmaciones del accionante carecen de fundamentos fácticos. En consecuencia, se debe decretar carencia actual de objeto por hecho superado.

Una vez enunciados los antecedentes del caso y habiendo sido relacionado el acervo probatorio acopiado, procederemos a adoptar la decisión de fondo que en estricto derecho corresponda, previas las siguientes...

## **CONSIDERACIONES**

### **1.\_ Competencia**

Para esta casa judicial es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto – Ley 2591 de 1991 y artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de la presente acción tutela recae en este despacho.

### **2.\_ Legitimación de las partes**

El señor JORGE JAVIER DAVID BUSTOS GONZÁLEZ, por ser la persona afectada con los presuntos actos omisivos de la entidad accionada se encuentra legitimado para incoar la presente acción de tutela; mientras que la accionada I.P.S CLINICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA, y la UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL-CUB, por ser la primera la entidad a la cual el accionante le atribuye los actos omisivos que presuntamente vulneran sus derechos fundamentales, y la segunda por haber sido vinculada a esta acción constitucional, reúnen los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accionadas, dentro de este trámite tutelar.

### **3.\_ Problema jurídico y esquema de resolución**

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a este despacho determinar los siguientes aspectos: *i).*\_ La procedencia de la acción, y, *ii)* En el evento de que la acción sea procedente, establecer si la entidad accionada I.P.S CLINICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA, y/o la vinculada UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL-CUB al no autorizar la remisión del accionante JORGE JAVIER DAVID BUSTOS GONZÁLEZ, al cirujano bariátrico para que este a su vez realice la respectiva valoración y decida la fecha de la operación, a la que se contraen la presente solicitud, vulnera los derechos cuya protección es deprecada por este y de ser así, adoptar las medidas necesarias para su protección.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta casa judicial procederá de la siguiente manera (1).\_ Se determinará inicialmente la procedencia de la acción. (2).\_ Se referirá a los derechos fundamentales cuya protección se impetra. (3).\_ Se referirá a régimen legal y jurisprudencia constitucional sobre la prestación por parte de la E.P.S. de los servicios respecto

En consecuencia, se evidencia que no es procedente tutelar la garantía de los derechos fundamentales del accionante, cuando el mismo no tiene la urgencia que manifiesta para ser intervenido, toda vez que si ello fuere cierto estaría presto a asistir a la junta médica conforme lo solicita el cirujano bariátrico, pues no solo es notificar de una supuesta vulneración con una serie de manifestaciones que realmente no son de recibo, ni fundadas en espera de la resuelta de un fallo favorable cuando se avizora realmente que el paciente no tiene la urgencia que relata en materializar su procedimiento.

#### EN CUANTO AL TRATAMIENTO INTEGRAL.

Precisa el representante de la entidad vinculada que es de aclarar primero al despacho que ellos no son la EPS del Magisterio ni fungen como tal, estas funciones están en cabeza de la Fiduprevisora, la Unión Temporal Red Integrada Foscal Cub, es una IPS, con la cual la FIDUPREVISORA, suscribió contrato de prestación de servicios de salud, pero este contrato no es integral, es limitado a las prestaciones que quedaron establecidas en los anexos del convenio, por lo tanto el ordenar el tratamiento integral a un contratista vulnera no solo sus derechos contractuales sino al debido proceso y causa desequilibrio económico entre lo pactado y lo que los despachos ordenan en su contra, por ello solicitamos trasiadar esta carga a la FIDUPREVISORA – FOMAG, instituciones que administran los recursos de la salud de los usuarios del magisterio a nivel nacional.

Continúa resaltando que, como primera medida debemos tener en cuenta lo establecido en el mandato constitucional, el Estado ha previsto un régimen especial para los Docentes que prestan sus servicios en instituciones educativas estatales, excepcional a la ley 100 de 1993, con el cual se busca un mayor cubrimiento que el previsto en el Sistema General de Seguridad Social. Para tal fin se creó, mediante la ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta especial de la Nación, administrada por la entidad fiduciaria FIDUPREVISORA S.A., entidad, encargada de contratar los servicios médicos para los docentes del sector estatal.

Ahora bien, es necesario – agrega -, precisar y ahondar al Despacho, que en torno al régimen de seguridad social en salud aplicable a los docentes y a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, extensible a los núcleos familiares que registran como beneficiarios, la Corte Constitucional en sentencia T-496 de 2014, posición reiterada mediante Sentencia T-405 de 2017, precisó que por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes activos y pensionados, así como de sus beneficiarios en particular, efectivamente corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación -adscrita al Ministerio de Educación Nacional- con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente- es la fiduciaria La Previsora S.A.

En ese orden de ideas, se infiere que LA FIDUCIARIA LA PREVISORA, es la EPS ASIMILADA, para los afiliados del Magisterio a nivel nacional, pero debido a que la misma no tiene la red hospitalaria para brindar los servicios de salud, contrata con las uniones temporales (alianzas de varias IPS), para que le brinden los servicios a esta población con régimen de excepción, por lo tanto lo que nos encuentre dentro del contrato no puede imponerse como carga a la UT que es una IPS, cuando un afiliado de una EPS solicita servicios, es necesario que se encuentre adscrito a la misma para que su red de servicios le brinde la atención que requiere para el restablecimiento de su salud, pero las IPS no le brindan las exclusiones al plan de beneficios que fueron establecidas como no pertenecientes al contrato únicamente las prestaciones de salud.

Seguidamente acota que como puede evidenciarse de lo anteriormente expuesto, UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL-CUB, no ha incumplido con las obligaciones que le competen en lo concerniente a la prestación de los servicios de salud que requiere el usuario para el tratamiento de su patología, por el contrario como lo evidencia la misma accionante, se le ha garantizado su tratamiento y se le han asignado las citas correspondientes que la

al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud. (4). \_ Se abordará el caso concreto.

### **3.1. \_ Procedencia.**

La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, de carácter preferente y residual, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en algunos casos por particulares cuando estos se encuentren en alguna de las siguientes condiciones: a). \_ Cuando cumplan funciones públicas o que estén encargadas de la prestación de un servicio público. b). \_ Cuando sus acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo; y c). \_ Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión respecto al particular. Se quiso limitar la procedencia de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que habiéndolo este no resulte eficaz en consideración a la situación particular que afronta el actor; o que se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso que nos interesa no advierte este aplicador de justicia que el tutelante disponga de otro medio judicial de igual eficacia para exigir la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados, de allí que se pueda pregonar de la acción incoada, su procedencia.

### **3.2. \_ Derechos cuya protección se invoca.**

**3.2.1. \_ Derecho a la Vida.** \_ Como quiera que dentro de los derechos fundamentales cuya protección se impetra se encuentra precisamente el derecho a la vida, es procedente señalar que esta garantía entraña no solo la obligación del Estado y de los particulares de preservar la existencia de la persona humana, sino, que encierra además el imperativo deber de asegurar que esa existencia que se busca preservar, se encuentre rodeada de las condiciones mínimas para que se ajuste a los requerimientos por lo menos indispensables para satisfacer las necesidades generadas en razón, precisamente del hecho de existir, en condiciones de dignidad, entendida esta como un derecho fundamental cuyos titulares son únicamente las personas humanas, y que tiene un triple objeto de protección: i). \_ La autonomía individual, ii). \_ Las condiciones materiales para el logro de una vida digna, y iii). La integridad física y moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o marginada. En resumen, lo que protege el derecho a la dignidad humana es el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una vida digna, y el derecho a vivir sin humillaciones. (Sent. T-881/02).

Ya sobre el mismo tópico había precisado el Alto Tribunal, en sentencia T-395 de 1.998, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

*"(..) Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible (..)."*

### **3.2.2. \_ El carácter fundamental del Derecho a la Seguridad Social.**

En lo que atañe al derecho a la salud y a la seguridad social, La Constitución Política consagra, en su artículo 49, a la salud como un derecho constitucional y un servicio público de carácter esencial. De este modo, le impone al Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención que requieran. Asimismo, consagra la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de promoción, protección y recuperación.

A partir de dicha disposición, la Corte Constitucional ha reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y *"comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud."*

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, estableció:

*"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)."*

Igualmente, la Observación General 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000 expuso que el concepto de salud no se limitaba al derecho a estar sano ya que éste debe atender las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona, y los recursos con los que cuenta el Estado.

Respecto del principio de integralidad ha indicado que se encuentra consignado en el numeral 3º del artículo 153 y el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 y que impone la prestación médica continua, "la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. De igual manera ha sostenido que:

*"(...) La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social (...)."*

Ahora bien, en los casos que el galeno tratante no establezca el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud, "la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que tratándose de: "(i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros)" y de (ii) "personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios".

Así las cosas, esa Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos "indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad" de forma que se "garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuales depende su mínimo vital y su dignidad como persona. Es necesario resaltar que esta obligación resulta prioritaria para el caso de las personas que son más vulnerables por sus condiciones físicas (niños y adultos mayores) o enfermos mentales. (Sent. T-036/13).

En este orden de ideas conviene recordar que el derecho a la seguridad social fue definido por el artículo 48 de la Constitución Política como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley", obligándose el Estado a "garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social".

Respecto de su carácter fundamental, la Corte ha reconocido que la satisfacción de su contenido, esto es, del derecho a la pensión y a la salud, implica el goce de las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Empero, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no es suficiente para que proceda su amparo por medio de la acción constitucional de tutela. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos previstos en los niveles legislativos

y reglamentarios dispuestos para su satisfacción, por cuanto *"algunas veces es necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación"*.

Así, es una obligación del Estado garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de acuerdo con las normas que lo regulan, por cuanto éstas son las que determinan específicamente las prestaciones exigibles y la forma de acceder a las mismas. Deber que correlativamente genera el derecho a los ciudadanos de exigir su cumplimiento en caso de vulneración o amenaza por medio de la acción constitucional de tutela.

La salud en la Constitución Política es definida, entre otras calificaciones, como un servicio público a cargo del Estado, un deber del ciudadano de procurar el propio cuidado integral, una garantía a todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación (artículo 49), un derecho fundamental de los niños (artículo 44), un servicio garantizado a las personas de la tercera edad (artículo 46), una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículo 47), un bien constitucionalmente protegido en la comercialización de cosas y servicios (artículo 78) y un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme al principio de solidaridad social (artículo 95), de este modo, la salud constituye un pilar fundamental en el ordenamiento constitucional y ha sido reconocido por esa Corporación como un derecho fundamental susceptible de amparo por medio de la acción constitucional de tutela. El carácter fundamental del derecho a la salud radica en que al ser el individuo el centro de la actuación estatal y por ende al generarse frente al Estado la obligación de satisfacción y garantía de los bienes que promuevan su bienestar, la protección del derecho a la salud se constituye en una manifestación de bienestar del ser humano y por ende en una obligación por parte del Estado. Del mismo modo, el carácter fundamental del derecho a la salud se deriva al constituir su satisfacción un presupuesto para la garantía de otros derechos de rango fundamental. (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

### **3.3. Normatividad legal y jurisprudencia constitucional sobre la prestación por parte de las EPS de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud.**

El acceso a la Seguridad Social y a la Salud, es un derecho y a la vez es un servicio público que goza de especial protección por parte del Estado y es por ello que Nuestra Constitución Política en su artículo 48 dispone: *"La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se protestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley". "Se garantizará a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)"*

La misma Carta Fundamental, señala en su artículo 49: *"La atención de la Salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)"*.

La Ley ha sido consecuente con este precepto constitucional, y es así como en desarrollo de éste fue expedida la Ley 100 de 1.993 que en sus artículos 3° y 4°, precisa:

*"(...) DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.*

*Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley (...)"*.

*"(...) DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control esta a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.*

*Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)"*.

En su artículo 7° precisa:

*"(...) ÁMBITO DE ACCIÓN. El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, en los términos y bajo las modalidades previstos por esta ley (...)"*

De igual manera en su artículo 159 impone a las EPS la obligación de garantizar a sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio de salud, en los siguientes términos: " 1.\_ *La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162, por parte de la Entidad Promotora de Salud Respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritos ... 2. ...*" (...)" La norma en comento, en su artículo 162 consagra los parámetros del Plan Obligatorio de Salud, de la siguiente manera:

*"(...) PLAN DE SALUD OBLIGATORIO. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan (...)"*

*"(...) Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo de la presente Ley (...).*

*Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables (...)"*

Se desprende entonces de la normatividad consultada que las EPS, se encuentran en la obligación de garantizarle a sus afiliados el acceso al servicio público de la Seguridad Social en Salud, el cual además, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte adquiere la connotación de un derecho fundamental autónomo, para lo cual ha de suministrar a sus afiliados los servicios que se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud, sin la necesidad de trámites especiales o complejos. Servicios estos que contemplan, entre otros, el suministro de medicamentos, procedimientos, hospitalización, exámenes, tratamientos y toda la atención que estos requieran para atender y tratar la patología que padezcan, a fin de superarla o minimizar sus efectos.

En lo que atañe a los casos en los cuales las EPS niegan a una persona determinado tratamiento, procedimiento, implemento médico o un medicamento específico por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha considerado que la acción de tutela procederá si se reúnen las siguientes condiciones: a).\_ Que la falta del tratamiento, implemento, procedimiento o medicamento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales a La Vida, a la Integridad o a la Dignidad del interesado. b).\_ Que no exista un medicamento, tratamiento o procedimiento sustituto o que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos. c).\_ Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido. d).\_ Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, procedimiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud; y e).\_ Que el tratamiento o medicamento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se tiene afiliado el demandante. *"(...) Excepcionalmente la tutela puede ser concedida, si la prescripción la hizo un médico particular, cuando debido a procedimientos administrativos de la ARS o EPS se*

*vulneró el derecho al diagnóstico y el usuario tuvo que acudir a un médico externo (...)*.(Sent. T-835/05). (Negritas y subrayas ajenas al texto original).

### **La cirugía bariátrica de bypass gástrico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.**

*"(...) En una primera etapa, esta Corporación amparó el derecho a la salud, y ordenó la realización del bypass gástrico con fundamento en las reglas generales de procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios médicos no incluidos en el POS, por cuanto se consideraba que la mencionada cirugía se encontraba excluida del Plan Obligatorio de Salud.*

*No obstante, la sentencia T-414 de 2008 marcó un giro importante en la jurisprudencia de esta Corporación al establecer que el mencionado procedimiento quirúrgico estaba contemplado ya en el plan de beneficios obligatorios, aunque con el carácter técnico. En dicho fallo, la Corte solicitó a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a la Asociación Colombiana de Cirugía, que rindieran sus respectivos conceptos acerca de: (i) cuándo se puede considerar una obesidad como mórbida; (ii) a qué hace referencia el término cirugía bariátrica, y (iii) si lo descrito en el artículo 62 de la Resolución 5261 de 2004 debía entenderse técnicamente como bypass gástrico.*

*Con fundamento en las experticias rendidas la Corte pudo comprender que la llamada "Cirugía Bariátrica" es el término general que sirve para denominar el conjunto de procedimientos quirúrgicos usados para tratar problemas relacionados con el exceso de peso, siendo el bypass gástrico una de las operaciones más utilizadas (...)*." (Sentencia T-861/12 Corte Constitucional)

#### **3.4\_ Caso Concreto.**

En el evento que nos ocupa, del caudal probatorio compendiado especialmente de lo manifestado en la solicitud por parte del accionante puede inferirse sin hesitación alguna, que la situación planteada consiste en que el señor JORGE JAVIER BUSTOS GONZÁLEZ reclama de esta casa judicial ordene a la entidad accionada I.P.S CLINICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA, que proceda a remitirlo al cirujano bariátrico para que esté a su vez realice la respectiva valoración y decida realizarle el procedimiento consistente en Cirugía Bariátrica, ordenado para el manejo de su problema de sobrepeso u obesidad mórbida, al considerar que ha pasado por todos los especialistas posibles y todos han llegado a la misma conclusión sobre sus problemas físicos y emocionales. Depreca igualmente que se ordene a la entidad accionada, le preste de manera integral y continua, todos los servicios requeridos, como exámenes diagnósticos pre y post quirúrgicos, citas médicas, medicamentos no POS necesarios durante y después de la cirugía, terapias, procedimientos que durante el proceso de la cirugía resulten necesarios y operaciones que por motivo de la Obesidad se requieran posterior a la cirugía, tratamientos con el grupo de apoyo de la clínica de la obesidad para culminar exitosamente el proceso y demás que sean necesarios para el restablecimiento de sus derechos.

Ahora bien, examinado el acervo probatorio, encuentra el despacho, que tal como lo aclara el representante de la entidad accionada, I.P.S CLINICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA, esta tiene la calidad de IPS, es decir, la encargada de brindar al paciente los servicios médicos contratados y autorizados por la EPS, o la entidad que funja como tal, en este caso, por tratarse de un régimen especial, la UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB-CESAR conforme al contrato que tienen suscrito con el magisterio o FOMAG o Induprevisora, en razón de ello, corresponde entonces a esta última, asumir la obligación de brindarle al paciente accionante la prestación del servicio de salud requerido por este para el manejo y tratamiento de sus quebrantos de salud, para lo cual se hace necesario direccionar el referido servicio, a su red de prestadores, de acuerdo a las diferentes especialidades que el caso amerite.

En este orden de ideas es preciso señalar que existe evidencia procesal respecto a la autorización emitida por la UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB, direccionada a la IPS CLÍNICA DE ESPECIALISTAS MARÍA AUXILIADORA, para la prestación de los servicios médicos

**REF: Acción de Tutela promovida por el señor JORGE JAVIER DAVID BUSTOS GONZÁLEZ, en contra de I.P.S CLÍNICA DE ESPECIALISTAS MARIA AUXILIADORA. Vinculada: UT RED INTEGRADA FOSCAL Radicación No.: 200134089001-2022-00014-00**

requeridos por el paciente accionante, a fin de ser valorado en Junta Médica o Equipo Interdisciplinario por Medicina Especializada, habiendo sido esta programada para el día 03-02-2022, a la hora de la 1:40 p.m, no obstante es el mismo paciente quien, una vez informado a través de mensaje enviado por correo electrónico, manifiesta su imposibilidad de asistir a la cita por encontrarse en una ciudad diferente, pretendiendo ser suplido por su representante jurídico, no obstante la IPS, procedió a informarle que esta sería reprogramada de acuerdo con su disponibilidad, previniéndolo para que una vez cuenta con esa disponibilidad, proceda a i normar con anticipación con el fin de reunir el equipo interdisciplinario que participará en la junta médica.

Siendo las cosas de este tenor, lógico es concluir que ni la entidad accionada, ni la vinculada, han desplegado actuaciones o incurrido en omisiones, que pudieran vulnerar los derechos fundamentales cuyo amparo es deprecado por el actor, pues lo que se advierte es que se viene adelantando la prestación del servicio médico requerido por este para el manejo de su patología, disponiendo lo necesario para ser evaluado su caso por una junta médica interdisciplinaria de especialistas, con lo que – a juicio de esta casa judicial –, no puede considerarse conculcados los derechos del paciente.

En virtud de lo antes estudiado, no prosperará el amparo deprecado.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL DE AGUSTÍN CODAZZI - CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero.** Denegar el amparo tutelar a los derechos fundamentales a la Vida en Condiciones de Dignidad, a la Seguridad Social en salud, solicitado por el accionante señor **JORGE JAVIER BUSTOS GONZÁLEZ.**

**Segundo.** Notifíquese este fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (art. 16 del Decreto 2591 de 1991).

**Tercero.** Contra esta decisión procede el recurso de impugnación. Si no fuere impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Notifíquese y cúmplase**

**ALGEMIRO DÍAZ MAYA**  
Juez