

Sentencia T-1049/07

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA VIDA-Comprende la subsistencia en condiciones dignas

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

DERECHO A LA SALUD-Práctica de cirugía bariátrica por obesidad mórbida excluida del POS

Referencia: expediente T-1695372

Acción de tutela promovida por Edgar Ordoñez Zamudio contra FAMISANAR EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, que resolvieron la acción de tutela promovida por el señor Edgar Ordoñez Zamudio en contra de FAMISANAR EPS.

### I. ANTECEDENTES

Hechos y acción de tutela interpuesta

El señor Edgar Ordoñez Zamudio interpuso acción de tutela en contra de FAMISANAR EPS, por considerar que se vulneraron los derechos a la salud en conexidad con la vida digna y la

integridad personal, al negarle la práctica de la cirugía bariátrica. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes hechos:

1. El accionante señala que se encuentra afiliado a FAMISANAR EPS, desde el 1º de marzo de 1996.

2. El señor Edgar Ordoñez Zamudio manifiesta que padece obesidad mórbida, lo que le ha ocasionado desde hace aproximadamente un año Síndrome de Apnea Hipopnea de Sueño Severo (SAHS). Según su relato este síndrome le produce: “ahogo en el momento de dormir, pues existe un bloqueo absoluto en la respiración y lleva a los pulmones a sobrecargarse en su labor y me puede ocasionar la muerte”. Además, agrega que debe permanecer con oxígeno varias horas al día y que padece de diabetes, HTA, astralgías múltiples, hipertensión, asfixia, daños progresivos en la columna vertebral y en las piernas.

3. De acuerdo con el accionante lo han valorado el neumólogo Ronald Baltaxe Keller, el neurólogo Oscar Fernando Paz Carillo, y el cirujano Hernando Martínez Baez, quienes coinciden en que el tratamiento apropiado es la cirugía bariátrica.

4. El accionante advierte que su condición de obesidad mórbida lo ha llevado a salir muy poco de su casa, permanecer en estado permanente de reposo, y en consecuencia, a no poder trabajar ni hacer aportes a su hogar con las consecuencias económicas, morales y psicológicas que esta situación conlleva.

5. El señor Ordoñez Zamudio relata que, el 18 de abril de 2007, presentó derecho de petición ante FAMISANAR EPS, con el propósito de solicitar la autorización para la cirugía bariátrica.

6. El accionante reseña que, mediante comunicación de 30 de abril de 2007, FAMISANAR EPS, le informó lo siguiente: “(...) que los procedimientos incluidos dentro de la denominación Cirugía Bariátrica, no se encuentran en el plan de beneficios del Plan Obligatorio de Salud y por lo tanto no corresponde a la EPS Famisanar proceder a autorizarlos”.

8. El accionante aportó como pruebas copia de su cédula de ciudadanía; copia del carné de afiliación a FAMISANAR EPS; copia de la orden de consulta emitida por FAMISANAR el 13 de febrero de 2007, en la cual el doctor Henry Martínez Baez indica que el accionante es candidato a Cirugía bariátrica; copia del examen de polisomnograma realizado en la

Fundación Neumológica Colombiana de fecha 29 de agosto de 2006, donde se concluye que el accionante padece Apnea Hipopnea de Sueño Severo; copia del examen de polisomnograma del sueño con C-PAP, realizado en la Fundación Neumológica Colombiana, de fecha 14 de octubre de 2006; copia del examen de espirometría; copia de la fórmula de FAMISANAR en la cual se indica que el accionante debe usar oxígeno casi de manera permanente; copia de la solicitud presentada por el accionante para que FAMISANAR le autorizara la realización de la cirugía bariátrica; y copia de la respuesta de FAMISANAR negando la autorización de la intervención quirúrgica.

Respuesta de la entidad accionada

9. La representante de FAMISANAR EPS informó que el señor Edgar Ordoñez Zamudio se encuentra afiliado, en calidad de cotizante, al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo desde el 1º de marzo de 1996, por lo que a la fecha cuenta con más de 100 semanas cotizadas y se encuentra al día en el pago de sus aportes.

Adicionalmente, la representante de la entidad accionada señaló que el actor padece obesidad mórbida pero que no tiene una prescripción médica que ordene la cirugía bariátrica. Al respecto, aclaró lo siguiente: “El médico tratante es un especialista en Cirugía General adscrito a la EPS. Dicho profesional en su orden médica establece que “VALORACION POR GRUPO MULTIDISCIPLINARIOS PARA POSIBLE CIRUGÍA BARIÁTRICA CON BANDA GASTRICA AJUSTABLE POR LAPAROSCOPIA”, sin especificar que deba realizarse el BY PASS GASTRICO, solicitado por la Accionante, pues existen varias cirugías que pueden practicarse para la patología de la (sic) paciente. Por lo tanto, no hay orden médica que haya especificado cual de estas cirugías hay que realizarle al paciente”.

En tal sentido, alegó la representante de la EPS como pilares fundamentales para el tratamiento de la obesidad el manejo multidisciplinario con el objeto de mejorar el comportamiento y los hábitos de vida, principalmente, frente al plan alimentario, la actividad física y la ingesta de medicamentos, entre otros. Además, agregó que este manejo multidisciplinario debe adelantarse por un cirujano general entrenado en cirugía de obesidad, endocrinólogo, psiquiatra, nutricionista, ortopedista y fisiatra.

Al respecto, la apoderada de la entidad accionada señaló que el señor Ordoñez hacía parte del PROGRAMA DEL PACIENTE OBESO en FAMISANAR EPS, el cual le suministra el tratamiento

interdisciplinario que requiere. Sin embargo, aclaró que el accionante ha manifestado que no desea adelantar dicha alternativa terapéutica ofrecida por la EPS, y en consecuencia, argumentó: “(...) el usuario, no ha demostrado que se haya sometido de una forma seria a estos procedimientos, como para ser un paciente opcional para realizársele un procedimiento invasivo y peligroso como el que solicita, pues éste es una medida extrema y el recurso último para lograr la pérdida de peso.

Entonces, dado que no se ha realizado un estudio y manejo juicioso de la patología de OBESIDAD del accionante, tal como lo indican los protocolos médicos universales, no se evidencian resultados de recomendaciones dadas por otros especialistas como Cirujanos Generales, Nutricionistas, Psicólogos etc., no se puede concluir, la necesidad de la CIRUGÍA BARIÁTRICA.”.

En este orden de ideas, la representante de FAMISANAR EPS solicitó que se niegue la acción de tutela toda vez que no se está vulnerando ningún derecho fundamental del accionante. Esto, porque la EPS ha actuado dentro de la legalidad al brindarle a su usuario todos los tratamientos, medicamentos, y demás prestaciones que le ofrece la cobertura del POS. Sobre el particular, precisó que la Cirugía Bariátrica con Banda Gástrica estaba excluida del Plan Obligatorio de Salud(POS).

Finalmente, luego de realizar consideraciones generales sobre la acción de tutela en los casos de servicios médicos y medicamentos no incluidos en el POS, la representante de FAMISANAR EPS demandó que en caso de que no se acepten los argumentos que presentó y, por el contrario, se conceda el amparo, se le autorice a la entidad repetir contra el FOSYGA por los montos correspondientes a los tratamientos otorgados que no se encuentren dentro del POS.

La representante de FAMISANAR EPS aportó como pruebas copia del estado de afiliación del Señor Edgar Ordoñez, de las autorizaciones y ordenes médicas.

10. La Superintendencia Nacional de Salud remitió concepto emitido por el profesional médico de la Dirección de Servicios, en el que se concluye que la Cirugía bariátrica por obesidad mórbida está incluida en el Plan Obligatorio de Salud. Al respecto, señaló lo siguiente: “La obesidad es considerada por la Organización Mundial de la Salud OMS como una enfermedad, consistente en una alteración física en la cual el peso corporal está elevado

en relación a la estatura del individuo en relación a estadísticas y promedios mundiales expresado en un índice de masa corporal.

La etiología de la obesidad es multifactorial y su no control causa en la persona alteraciones en todo su sistema ya sea músculo esquelético, cardiovascular, endocrinológico, renal y a trastornos de la imagen corporal con trastornos importantes en la autoestima y fracaso laboral y social.

Como tratamiento de la obesidad, la Cirugía Bariátrica consiste en reducir mediante distintas técnicas la capacidad del estómago, no es una intervención de cirugía plástica, pertenece al campo de la especialidad de cirugía general y la gastroenterología.

Los procedimientos de cirugía de estómago necesarios para llevar a cabo la cirugía bariátrica, están contenidos en el artículo 62, numeral 6 de la resolución 5261/1994 que establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del POS. En el caso que se emplee como acceso quirúrgico la técnica de laparoscopia abdominal, este procedimiento se incluye en el artículo 73 numeral 6 de la citada resolución.

El decreto 1485/1994 que regula la organización y funcionamiento de las EPS, en su artículo 2 literal d) determina como responsabilidad de la EPS la de organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el POS, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitalización correspondientes.

### Concepto

Los procedimientos necesarios para realizar la cirugía de BYPASS GÁSTRICO POR OBESIDAD MORBIDA están incluidos en el POS, siendo responsabilidad de FAMISANAR EPS el ejecutarlos con cargo a la Unidad de Pago por Capitalización UPC, sin que la EPS pueda realizar recobro alguno al FOSYGA.

La EPS FAMISANAR posiblemente falló en su responsabilidad de garantizar la cobertura en servicios contenidos en el POS a EDGAR ORDOÑEZ ZAMUDIO.”

11. El neumólogo, doctor Ronald Baltaxe Keller, informó que el señor Edgar Ordoñez Zamudio es un: “Paciente diabético, hipertenso y obeso con historia de disnea de un año de evolución,

se le solicita Espirometría que muestra alteración RESTRICTIVA secundaria a obesidad; gases arteriales con hipoxemia, ecocardiograma: hipertensión pulmonar e hipertrofia de CAVIDADES derechas y polisonograma mostró Síndrome de Apnea hipoapnea severa con desaturación, el polisonograma con CPAP muestra mejoría parcial de las Apneas pero persiste la desaturación a pesar de las presiones altas.

Por lo anterior que muestra complicaciones importantes secundarias a su obesidad y teniendo en cuenta que es una persona joven pienso que se beneficia de cirugía bariátrica.

No tengo conocimiento del valor comercial.

No hay otro procedimiento en el POS que lo pueda reemplazar”.

Decisión de primera instancia

12. El Juzgado Cincuenta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, mediante providencia de 25 de mayo de 2007, resolvió conceder el amparo solicitado. La juez consideró, con base en el concepto emitido por la Superintendencia de Salud, que FAMISANAR EPS vulneró el derecho a la salud del accionante comoquiera que le negó la autorización de la práctica de la cirugía bariátrica a pesar de tratarse de un procedimiento incluido en el POS.

Impugnación

13. La apoderada de FAMISANAR EPS insiste en que la Cirugía Bariátrica no se encuentra dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. Así mismo, reitera la existencia de la alternativa terapéutica como el tratamiento interdisciplinario, al cual el usuario no ha querido someterse.

Adicionalmente, la representante de la entidad accionada señala que no se cumplen con los requisitos jurisprudenciales para conceder un tratamiento médico no contemplado en el POS comoquiera que no se han agotado todas las alternativas terapéuticas dentro del POS ni existe orden médica que prescriba la cirugía.

Decisión de segunda instancia.

14. El 22 de junio de 2007, el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, ordenó a la entidad accionada remitir copia del trámite adelantado con el propósito de cumplir el fallo de primera instancia. En particular, solicitó que se le informara si al accionante le fue practicada la valoración por grupo multidisciplinario para la práctica de la cirugía bariátrica.

15. El 28 de junio de 2007, la representante de FAMISANAR EPS anexó copia de las autorizaciones expedidas a favor del señor Edgar Ordoñez Zamudio. Al respecto, precisó: "(...) el día 29 de Mayo de 2007 se ordeno el procedimiento requerido; en este momento el paciente se encuentra en valoraciones prequirúrgicas en la Clínica Shaio, en donde va a ser operado. Pues es necesario todos estos exámenes antes de considerar un procedimiento tan riesgoso e invasivo y peligroso como lo es la cirugía solicitada. (Me permito anexar Historia Clínica de Usuario en donde se observa los procedimientos pre-quirúrgicos que se le han realizado al usuario).

Adicionalmente es importante tener en cuenta que el procedimiento requerido por el usuario No se encuentra en el POS, puesto que el requerido por el usuario es el procedimiento CIRUGIA DE BYPASS GASTRICO O DERIVACION GASTRO YEYUNAL POR LAPAROSCOPIA y no una DERIVACION GASTRICA.

Se debe advertir que el término BYPASS GASTRICO es equivalente a DERIVACION GASTRICA y dentro del P.O.S. contenido en la Resolución 5261 de 1994, artículo 62 numeral 6 nomenclaturas 07630 y 07631 están dos tipos de DERIVACION GASTRICA, como posible alternativa de intervención que se encuentra en el POS; esta técnica es la que corresponde por VIA ABIERTA, como son las ANASTOMOSIS DEL ESTOMAGO Y ANASTOMOSIS EN Y DE ROUX, Por lo tanto si el Despacho lo considera, se le expedirán las autorizaciones de los procedimientos contemplados dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud (POS).".

16. El Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, en providencia de 10 de julio de 2007, revocó la sentencia de primera instancia, al considerar que no se cumplía con el requisito jurisprudencial relativo a la prescripción médica de la intervención quirúrgica solicitada pues la orden emitida se limitaba a sugerir que el paciente era candidato a la cirugía bariátrica.

17. Esta Corporación recibió el 1º de octubre de 2007, comunicación suscrita por el señor

Edgar Ordoñez Zamudio, en la que remite copia de las valoraciones multidisciplinarias que le realizaron los diferentes especialistas para la realización de la cirugía bariátrica.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

1. Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela seleccionados.

### Problema jurídico

2. Corresponde a esta Sala determinar si la negativa de FAMISANAR EPS de practicar la cirugía bariátrica al señor Edgar Ordoñez Zamudio, vulnera el derecho a la salud en conexidad con la vida digna del accionante, teniendo en cuenta los requisitos que ha establecido la jurisprudencia constitucional para el otorgamiento de servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Reiteración de jurisprudencia<sup>1</sup>. Garantía de la efectividad de los derechos a la salud y a la vida en el problema de salud pública de la obesidad mórbida.

3. Ya la Corte Constitucional en múltiples oportunidades<sup>2</sup> se ha visto obligada a hacer un análisis constitucional de la problemática que para pacientes con obesidad mórbida representa que las entidades promotoras de salud a las que se encuentran afiliados les nieguen el procedimiento de Bypass Gástrico por Laparoscopia en razón a que el mismo se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, cuando pareciera ser que, conforme a los conceptos médicos, según cada caso particular, las patologías asociadas a esa enfermedad y la mala calidad de vida que deben afrontar quienes la padecen, podrían mitigarse con dicha intervención quirúrgica.

4. Así en la Sentencia T-384 de 2006<sup>3</sup>, la Sala conoció un caso en el que según la accionante se violaron sus derechos fundamentales a la vida, a la salud e integridad física ante la negativa de la EPS Seguro Social de autorizar y practicar la cirugía bariátrica que le fue ordenada para contrarrestar la Obesidad Mórbida G3, la cual ha sido causante de muchas otras dolencias colaterales, como problemas de columna, ahogo nocturno y dolor en la cintura y pies que comprometen de manera importante las funciones vitales de la actora.

Luego de estudiar el caso la Corte afirmó que “si hay la opción de mejorar el estado de salud de la actora e incluso curar sus afecciones, la Sala encuentra que la decisión de la EPS accionada de negar el procedimiento citado está ocasionando no solo que se prolongue en el tiempo los mencionados padecimientos colaterales sino que más adelante se pueda empeorar su cuadro clínico.”

Por tanto y luego de verificar que se cumplían los requisitos “exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la dignidad humana de la señora Elsa Suárez Moncada.” concedió el amparo y dispuso que “la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho autorice y practique la CIRUGÍA BARIÁTRICA en los términos prescritos por el médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.”

5. De igual manera, en la Sentencia T-060 de 20064, la Corte conoció el caso de una persona a quien fue prescrito el procedimiento de Bypass Gástrico por Laparoscopia para tratar la obesidad mórbida grado II que padecía, puesto que los tratamientos médicos a que había sido sometida con anterioridad (como por ejemplo la colocación de balón intragástrico) no le habían generado mayores beneficios, además le generaron otras patologías como “hipertensión arterial, disnea de medianos esfuerzos, apnea de sueño, varices de miembros inferiores, dolor lumbar, artralgias de rodillas y cadera bilateral”, que han causado un serio deterioro en sus condiciones de vida, lo que hacía necesario adoptar otras medidas terapéuticas (cirugías), que posibilitaran abandonar la situación de riesgo en la que se encontraba y que vulneraba su derecho fundamental a una vida digna, pudiendo generarle un perjuicio irremediable. La accionante advirtió no tener los medios económicos para asumir su costo, dado que el sueldo que percibe escasamente le alcanza para la manutención de sus dos hijos.

En dicha oportunidad la Corte expresó: “Así las cosas, para el caso se estima que los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal de la tutelante se encuentran vulnerados, pues al no practicársele el procedimiento denominado BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA ordenado por los médicos tratantes se puede agravar su estado de salud por las ‘comorbilidades’ que presenta la actora (hipertensión arterial, disnea de medianos esfuerzos, apnea de sueño, várices de miembros inferiores, dolor

lumbar, artralgias de rodillas y cadera bilateral), lo que indudablemente repercutirán en su calidad de vida.”

A partir de lo anterior la Corte concluyó “que en el presente caso, se cumplen los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado para que por medio de la acción de tutela se pueda ordenar el no contenido en el P.O.S., esto es que se encuentra demostrado que la falta del procedimiento ordenado por los médicos tratantes amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física de la persona, así como el requisito que exige que el procedimiento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad y que la paciente no cuente con los recursos económicos para sufragar el costo de lo requerido.”. Con fundamento en lo anterior la Sala confirmó la decisión de instancia que concedió el amparo solicitado.

6. En la Sentencia T-1229 de 20055, la Corte tuteló los derechos a la vida en condiciones dignas y a la salud en conexidad con la vida en un caso en que la accionante era candidata a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico, procedimiento frente al cual debía recibir oportunamente la información médica necesaria para que ésta diera su consentimiento en relación con los efectos que dicho procedimiento quirúrgico generaría respecto de las patologías que sufría debido a la obesidad mórbida, indicándole en todos los eventos los beneficios, y los riesgos que dicho procedimiento le podría acarrear vista la especificidad de las dolencias que padecía.

Al respecto la Corte señaló que “en la medida en que la accionante requiere de la mencionada cirugía para solucionar su problema de sobrepeso que está afectando de manera grave su salud y que atenta igualmente en contra de su vida, resulta importante, que previo a la realización del mencionado procedimiento quirúrgico, y de que la accionante dé su consentimiento para el mismo, obtenga de todos y cada uno de los médicos especialistas que de una u otra forma tengan dentro de su conocimiento el manejo, tratamiento y control de las otras patologías que le han sido diagnosticadas y que aparecen reseñadas en el último control médico, la información necesaria acerca de los efectos que dicho procedimiento quirúrgico tendría en relación con esas afecciones. Ello con el fin de que, estando plenamente informada la paciente, pueda de manera libre y espontánea dar su consentimiento y autorizar le sea practicada la anotada cirugía de BYPASS GÁSTRICO.”

En consecuencia, ordenó a “la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, que dispondrá de un plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, si ya no lo hubiere hecho, para que gestione con las entidades de salud públicas o privadas con las que tenga contrato, la realización a la señora Belsy Yaneth Sandoval de Delgado, la cirugía de BYPASS GÁSTRICO a ella recomendada. Previo a esto, se deberá haber obtenido el consentimiento informado de la paciente quien habrá recibido de su médico tratante, y de los demás médicos especialistas que tengan a su cargo el tratamiento y manejo de las demás dolencias que la aquejan, la información pertinente de los beneficios, riesgos y demás efectos que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de BYPASS GÁSTRICO.”

7. En la Sentencia T-264 de 2003, la Corte estudió otro caso donde una persona que padecía de obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo e hipertensión arterial aunadas éstas a otras patologías, requería para su mejoría de una cirugía bariátrica, procedimiento que tenía un costo de \$10.000.000, el cual la paciente no podía sufragar por no contar con recursos económicos, puesto que era ama de casa.

Luego de verificar el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte para constatar si era posible inaplicarlas por inconstitucionales, en el caso concreto, el fundamento legal y reglamentario en que se fundaba la negativa de la entidad tutelada, concluyó que el fallo de instancia debía revocarse y en su lugar conceder el amparo solicitado. En dicha providencia precisó la Sala “que no por el simple hecho de resultar procedente el amparo constitucional debe accederse a lo estrictamente solicitado por el accionante, puesto que es el juez de tutela, conforme se indicó, es quien debe fijar el alcance de la orden de protección a efectos de garantizar materialmente la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados.”

También afirmó que “Contrario sensu, si de las pruebas obrantes en el expediente se constata que a pesar de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, acceder a lo solicitado en el escrito de tutela resulta ser perjudicial o no beneficioso para el accionante, ello no significa que el juez debe negar el amparo, pues como se explicó, en materia de tutela el funcionario judicial está facultado para fallar extra o ultra petita. “

Por lo anterior, la sala ordenó a SaludCoop E.P.S. que programe una valoración por un equipo multidisciplinario compuesto por los especialistas adscritos a su red de servicios, que indique

el Dr. Hernán Yupanqui (especialista tratante) a efectos de que se establezca el tratamiento a seguir en el caso de la señora Glaris María Roa Sánchez y en consecuencia, se le practiquen todos los procedimientos e intervenciones que requiera, incluyendo la cirugía bariátrica, si ello es lo que concluye el equipo médico. De igual manera, se le debe brindar la atención integral que requiera dicha señora para el mejoramiento de su calidad de vida.

8. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia T-639 de 20076, en la que la Corte reiteró que la negativa de las EPS de practicar la cirugía bariátrica a personas que padecen obesidad mórbida y cumplen con los requisitos jurisprudenciales para la concesión de servicios médicos no contemplados en el POS, vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud. En estos casos, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos, precisados por la sentencia T-725/077: “(...)debido a la complejidad y al riesgo quirúrgico que supone el procedimiento genéricamente descrito, ha sido enfática en exigir el especial cumplimiento de dos requisitos particulares: (i) la efectiva valoración técnica que debe hacerse, en cada caso particular, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento<sup>8</sup>; y (ii) el “consentimiento informado del paciente”<sup>9</sup>, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo.”.

9. En todos estos casos la Corte Constitucional ha reiterado el alcance del deber de inaplicar las normas sobre el Plan Obligatorio de Salud cuando, en el caso concreto, surja una indudable oposición entre éstas y la Carta Política ante la necesidad de brindar el tratamiento o el diagnóstico requerido por una persona enferma. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha señalado, en reiteradas oportunidades, que se desconoce el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad, de una persona que requiere un servicio médico o un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando:

(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasiona un deterioro del estado de salud que impide que ésta se desarrolle en condiciones dignas;

(ii) ese servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS., que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario;

(iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a estos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a estos le cobre, con autorización legal la EPS; y

(iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitándole el tratamiento.<sup>10</sup>

En virtud de lo anterior, corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento de estos requisitos al momento de ordenar un servicio médico o medicamento no incluido en el POS y, de encontrarlos debidamente acreditados, conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados.

10. Finalmente, la Corte Constitucional ha reconocido la facultad que le asiste a las EPS de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, por el costo de los medicamentos o tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud<sup>11</sup>.

#### Estudio del caso concreto

11. El primer requisito para conceder la entrega de un medicamento o tratamiento no incluido en el POS consiste en que por la falta del medicamento o servicio médico se amenacen los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal de la persona interesada. En este caso dicho requisito se encuentra comprobado, pues como quedó establecido la cirugía bariátrica en una persona que padece obesidad mórbida contribuye al mejoramiento de su estado de salud. Esto, siempre que se cumpla con la valoración multidisciplinaria apropiada, así como con el consentimiento informado del paciente.

En esa medida, es preciso analizar la situación del señor Edgar Ordoñez Zamudio, a quien, como consecuencia del fallo de primera instancia, se le realizaron las valoraciones multidisciplinarias correspondientes. En cuanto al consentimiento informado, el accionante ha manifestado su deseo para la realización de la cirugía, en concreto, de acuerdo con la evaluación practicada por el siquiatra Luis Alejandro Valderrama Grajales, el paciente tiene:

“(…) BUENA CONCIENCIA DEL FIN Y EL PRONÓSTICO Y RIESGO DE LA CIRUGIA / PTE APTO PARA CIRUGIA”.

Ahora bien, la obesidad mórbida que padece el señor Edgar Ordoñez Zamudio le ha ocasionado que sufra de Síndrome de Apnea Hipopnea de Sueño Severo (SAHS), diabetes, HTA, astralgías múltiples, hipertensión, asfixia, daños progresivos en la columna vertebral y en las piernas y que deba permanecer con oxígeno varias horas al día. Por consiguiente, como lo estableció uno de los médicos tratantes el accionante se beneficiaría con la intervención quirúrgica<sup>12</sup>.

Por consiguiente, la Corte concluye que la negativa de autorizar la cirugía bariátrica al señor Edgar Ordoñez Zamudio está afectando su derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Al respecto, la Corte debe aclarar que según el concepto de la Superintendencia Nacional de Salud, la cirugía bariátrica se encuentra contemplada en el POS. De hecho, con base en este criterio el juez de primera instancia concedió el amparo deprecado. Sin embargo, como lo puntualizó FAMISANAR EPS, durante el trámite de la segunda instancia, la cirugía bariátrica por laparoscopia no está incluida en el POS, y es precisamente, este procedimiento el requerido por el accionante<sup>13</sup>. Por tanto, para la Corte, como lo ha reconocido en la jurisprudencia expuesta, la cirugía bariátrica por laparoscopia no se encuentra incluida en el POS.

En consecuencia, esta Corporación debe confrontar la alegación de la EPS accionada sobre la alternativa terapéutica con el concepto de uno de los médicos tratantes, doctor Ronald Baltaxe Keller, quien afirmó: “No hay otro procedimiento en el POS que lo pueda reemplazar”. Así las cosas si bien la alternativa propuesta por la entidad accionada puede contribuir al mejoramiento del estado de salud del accionante lo cierto es que la cirugía bariátrica por laparoscopia es el procedimiento que garantiza efectividad para el tratamiento de la obesidad mórbida que padece el accionante.

Lo anterior, significa la comprobación del segundo requisito para suministrar servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

13. En lo relacionado con el tercer requisito, consistente en la carencia de recursos

económicos del afectado para sufragar el medicamento o tratamiento prescrito, en el presente caso el accionante afirmó que carece de los recursos económicos para sufragar el valor de la intervención quirúrgica. Al respecto, FAMISANAR EPS precisó que el Ingreso Base de Cotización del señor Edgar Ordoñez Zamudio es de \$434.000.

En cuanto al costo de la cirugía, en el informe rendido por FAMISANAR EPS, ante el juez de segunda instancia, se observa que el Bypass Gástrico o derivación gastro yeyunal por laparoscopia asciende a \$13.125.20014.

En consecuencia, encuentra la Corte que el señor Edgar Ordoñez Zamudio no tiene la capacidad económica para asumir el costo de la intervención quirúrgica que requiere. Por consiguiente, es preciso concluir que el accionante no cuenta con los recursos para acceder a la cirugía bariátrica por laparoscopia.

14. Finalmente, frente al último requisito sobre la vinculación del médico tratante a la entidad promotora de salud, se acreditó que el doctor Henry Hernando Martínez Baez, quien ordenó la práctica de la cirugía bariátrica, cumple con la condición de estar adscrito a FAMISANAR EPS.

15. En este orden de ideas, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos contemplados por la regla jurisprudencial para el suministro de medicamentos o servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la Corte ordenará a FAMISANAR EPS, que autorice la cirugía bariátrica por laparoscopia a Edgar Ordoñez Zamudio, realice las valoraciones multidisciplinarias adicionales que se requieran y cuente con el consentimiento informado del paciente. Adicionalmente, la Corte ordenará a FAMISANAR EPS que autorice todos aquellos tratamientos, servicios médicos y medicamentos que el accionante llegare a necesitar como consecuencia de la realización de la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia y que no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, que resolvió la acción de tutela promovida por el señor Edgar Ordoñez Zamudio en contra de FAMISANAR EPS, y en consecuencia, CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Cincuenta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, pero exclusivamente por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de FAMISANAR EPS, que previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita al señor Edgar Ordoñez Zamudio, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, lo someta, de requerirse una evaluación adicional a las ya practicadas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministren la información pertinente de los beneficios, riesgos y demás efectos que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia. Una vez obtenido el consentimiento informado del paciente, la entidad promotora de salud dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica del procedimiento el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

De igual manera, la entidad accionada debe brindar la atención integral que requiera el señor Edgar Ordoñez Zamudio como procedimientos, controles, medicamentos y evaluaciones previos y posteriores a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia, todo en aras de lograr el pleno restablecimiento de su salud y calidad de vida, según las precisas indicaciones del galeno tratante.

Tercero.- INAPLICAR, para este caso concreto, las disposiciones legales y reglamentarias que fundamenten la negativa a autorizar la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia que requiere el accionante.

Cuarto.- DECLARAR que a FAMISANAR EPS le asiste el derecho a obtener el reembolso de lo gastado en cumplimiento de la orden emitida por la Sala. En consecuencia, podrá repetir contra la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud (Fosyga), en todo aquello que no esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Quinto.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cfr. Sentencia T-408 de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. En donde este Despacho estudió casos de personas que padecían obesidad mórbida y requerían la cirugía bariátrica. En esa oportunidad, la Corte verificó el cumplimiento de los cuatro requisitos para el suministro de servicios médicos no contemplados en el POS, y en consecuencia, ordenó la práctica de la intervención quirúrgica de Bypass Gástrico por Laparoscopia del accionante, quien padecía obesidad mórbida.

2 Corte Constitucional. Sentencias T-867 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-469 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T-384 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-265 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-060 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-027 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1272 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-1229 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-828 de 2005 M.P. Humberto Sierra Porto y T-264 de 2003, entre otras.

3 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

4 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

5 M.P. Jaime Araújo Rentería.

6 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 MP: Catalina Botero Marino

8 Ante el caso análogo de paciente con diagnóstico de obesidad mórbida grado III, esta Corporación tras estudiar la historia clínica del accionante decidió: “se ordenará a SaludCoop E.P.S. que programe una valoración por un equipo multidisciplinario compuesto por los especialistas adscritos a su red de servicios, que indique el Dr. Hernán Yupanqui (especialista tratante) a efectos de que se establezca el tratamiento a seguir en el caso de la señora Glaris María Roa Sánchez y en consecuencia, se le practiquen todos los procedimientos e intervenciones que requiera, incluyendo la cirugía bariátrica, si ello es lo que concluye el equipo médico”. Sentencia T-264 de 2003 M.P. Humberto Sierra Porto.

9 Sobre el consentimiento informado en un caso de Obesidad Mórbida, la Corporación ha señalado que “cuando la realización de un procedimiento médico, implica la intervención o manipulación del cuerpo del paciente, el médico tratante o los médicos que hayan intervenido o participado con sus conceptos científicos especializados en la elaboración de propuestas médicas que buscan solucionar los problemas de salud que aquejan al paciente, deberán suministrar a éste, la información suficiente, que ajustada a la realidad científica y fáctica que rodean su caso en particular en ese momento, permita que el paciente, haciendo uso de su autonomía individual, asienta sobre el procedimiento a él propuesto, y acepte en consecuencia someterse o no al mismo en aras de mejorar su estado de salud, o en el caso extremo, el de salvaguardar su propia vida” Sentencia T-1229 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería.

10 Véase entre otras las sentencias SU-480/97, SU-819/99, T-1204/00, T-239/04, T-756/05, T-1304/05, T-1020/06 y T-202/07.

11 En sentencia T-202 de 2007, se concluyó lo siguiente: “Así las cosas, cuando se le impone a las EPS asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio

sistema. Esta razón fue la que motivó que la jurisprudencia constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social”.

12 Ver Antecedentes numeral 10.

13 Ver antecedentes numeral 14.

14 Ver folio 85.