

Sentencia T-363-09

(Bogotá DC, mayo 22 de 2009)

Referencia: expediente T-2.152.583

Accionante: Maximiliano Rondón Giraldo

Accionado: E.P.S Servicio Occidental de Salud "SOS"

Fallo objeto de revisión: sentencia del 29 de septiembre del 2008 del Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Demanda de tutela.

1.1. Derechos fundamentales vulnerados: vida, salud, seguridad social y mínimo vital.

1.2. Hecho vulnerador: omisión de autorizar la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia formulada por médico especialista, para superar el problema de obesidad mórbida que padece el accionante, por estar fuera del plan obligatorio de salud del régimen contributivo y no haber sido formulada por médico adscrito a la E.P.S accionada.

1.3.- Pretensión: se autorice la práctica de cirugía de bypass gástrico por laparoscopia.

### 2. Intervenciones

2.1. Respuesta de la entidad accionada.

El Dr. Oliver Álvarez Viera, Director (E) de la sede de la entidad demandada en la ciudad de Palmira, solicita vincular al proceso a la Secretaría de Salud Departamental, para

que atendiendo lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley 715 de 2001 de ser necesario asuma la práctica del procedimiento no cubierto por el POS, previa verificación de la incapacidad económica del usuario.

Para finalizar solicita que de ser contrario el fallo a los intereses de la entidad, se autorice a la E.P.S Servicio Occidental de Salud S.A "SOS", el recobro ante el Fosyga.

2.2. Clínica de Obesidad -Cirugía Laparoscópica Avanzada- Fundación Valle del Lili-.

Mediante auto del 17 de septiembre de 2008, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada, así como al Dr. José Pablo Vélez, médico tratante del actor a fin de que informará a ese despacho judicial, si la atención brindada a éste, se da por cuenta de la E.P.S o si es particular, así como la urgencia y necesidad del procedimiento formulado.

Por encontrarse fuera del país el Dr. José Pablo Vélez, el doctor Rafael H. Arias, quien es otro cirujano de la clínica de obesidad, precisa que conoce a todos los pacientes que asisten a esa entidad, por lo que procede a dar respuesta al oficio de la referencia en los siguientes términos:

"El Señor Rondón Giraldo presenta en la actualidad OBESIDAD SEVERA, asociada enfermedades relacionadas con su obesidad. El señor Rondón tiene un índice de Masa Corporal de 45 kg/m. Esto en sí constituye una enfermedad que pone en peligro la vida al favorecer la aparición de otras enfermedades y acortar de esta manera la expectativa de vida. La paciente fue evaluada en nuestra consulta en la Fundación Valle del Uli el 16 de mayo del presente año

El BYPASS GASTRICO ordenado al Señor Rondón constituye el tratamiento recomendado para este tipo de problema con el fin de mejorar su calidad de vida y su salud. Esta operación le permitirá controlar de una mejor forma sus otras enfermedades y disminuir la posibilidad de muerte prematura asociado a la obesidad.

El no llevar a cabo esta intervención significa que el Señor Rondón continuará con su problema de obesidad y estará a expuesto a riesgos conocidos de desarrollar otras enfermedades y de morir en forma prematura debido a estas.

Este procedimiento no se encuentra incluido en el POS y no hay un tratamiento similar que obtenga los mismos resultados de un bypass gástrico.

La fundación Valle de Lili con la cual trabajamos no tiene convenio vigente con SOS para cirugía Bariátrica y el paciente asistió de forma particular.

La indicación de este procedimiento es médica, la obesidad mórbida es una enfermedad que pone en riesgo la vida del paciente.”

### 3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. El 23 de julio de 2008 el Señor Rondón Giraldo, asiste a consulta con el Dr. José Pablo Vélez cirujano de la Clínica de la Obesidad de la Fundación Valle del Lili, por presentar problemas de obesidad desde hace más de cinco (5) años y a pesar de que ha intentado diferentes tratamientos, no ha obtenido resultados positivos.

3.2. Asevera que sufre mucho de dolor en las rodillas y cuello, pérdida de la respiración cuando logra conciliar el sueño y cuando se agita, así como dificultad para dormir. Que dicha patología pone en riesgo su salud presente y futura e interfiere con el desempeño normal de sus actividades diarias.

3.3. El Dr. José Pablo Vélez, dio la orden para cirugía de bypass gástrico por laparoscopia, uso de “ligasure y sutura mecánica”, donde especifica que no es un procedimiento estético, pues el diagnóstico es obesidad mórbida.

3.4. Precisa que el 25 de julio de 2008, llevó la orden de cirugía a la oficina de Servicio Occidental de Salud E.P.S. en el municipio de Florida (Valle) dependencia que lo remitió donde la Dra. Claudia Lara, quien el día 22 de agosto de 2008, le informa que el bypass gástrico por laparoscopia no lo cubre el POS y por ende no autoriza su práctica a cambio le sugiere tratamiento con dietista y le ordena una serie de exámenes (TSH, glicemia, perfil lipídico y creatinina), teniendo ella conocimiento de las fallas que ha tenido anteriormente con este tipo de tratamientos.

3.5. Es una persona a la que le queda imposible cubrir el costo total de la cirugía, pues devengado la suma mensual de \$ 727.816 y no tiene ningún otro ingreso.

3.6. Por lo expuesto solicita, se tutelen sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida, salud y seguridad social y en tal medida, sea ordenada la cirugía de bypass gástrico, según orden emitida por el médico especialista de la Clínica de la Obesidad, ya que de ello depende su vida, y la EPS demandada es conocedora de su estado de salud. Adicionalmente solicita que la atención que se le brinde sea integral y en tal medida se le suministren todos los tratamientos médicos, quirúrgicos, hospitalarios necesarios para el tratamiento de la obesidad mórbida que padece.

3.7. Pruebas: Fotocopias de la cédula de ciudadanía y de la certificación de afiliación del actor a la EPS, fotocopias de la orden de la cirugía y del resumen de la historia clínica emitida por el Doctor José Pablo Vélez, fotocopia del escrito mediante el cual se le informa la negación de la cirugía por parte de la entidad accionada, fotocopia de la historia clínica emitida por la Doctora Claudia Lara, fotocopia de la autoliquidación del mes de agosto de 2008, donde consta el salario devengado<sup>1</sup>.

#### 4. Fallo de instancia.

El Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira niega el amparo, al considerar que el actor ha recibido atención médica por parte de la EPS accionada. Además, no aparece demostrado en el expediente que la orden de la cirugía fuera emitida por un médico adscrito a la entidad demandada.

Del estudio realizado a los documentos obrantes en el expediente, se comprueba que el accionante acudió de manera particular ante el especialista que ordena la intervención<sup>2</sup>

y según lo expresado por la entidad accionada y la valoración efectuada por el médico general de la EPS de fecha 27 de febrero de 2008, el actor no ha cumplido con la dieta y los ejercicios recomendados.

Por lo anterior, concluye que no existe vulneración de los derechos fundamentales del actor, por no estar presentes las condiciones señaladas por la jurisprudencia constitucional para ordenar procedimientos o intervenciones excluidos del POS. Además considera, que la entidad demandada ha adelantado las actuaciones necesarias para tratar al accionante de las diversas afecciones que padece.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política; el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36 y el Auto del 29 de enero de 2009 de la Sala de Selección de Tutela No. Uno de la Corte Constitucional.

### 2. El Problema Jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si con la negativa de la E.P.S Servicio Occidental de Salud "SOS" de autorizar la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia que le fue formulada al señor Maximiliano Rondón Giraldo, para superar la obesidad mórbida que padece, se vulneran sus derechos a la salud y a la vida digna.

Para resolver la cuestión planteada estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: (i) El derecho a la salud en un Estado Social de Derecho; (ii) la línea jurisprudencial de la Corte relacionada con el problema de salud pública de obesidad mórbida y la autorización de la cirugía bariátrica. (iii) el derecho al diagnóstico. iv) Luego procederá al análisis del caso concreto.

### 3. Consideraciones generales.

3.1. Reiteración de jurisprudencia. El derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas dentro de un Estado Social de Derecho.

El derecho a la vida humana se encuentra establecido desde el preámbulo mismo de la Constitución Política, como un valor superior que debe asegurar la organización política y que vincula tanto a las autoridades públicas como a los particulares. Los artículos 11 y 13 Superiores consagran la inviolabilidad del derecho a la vida y establecen como un deber del Estado, su protección, en especial para personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

A su vez, el artículo 48 de la Carta, proclama que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establece la

ley; y el artículo 365 ibídem, señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que como tal, tiene el ente estatal un deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

De igual manera, esta Corporación en diferentes providencias<sup>3</sup> ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos; y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral, correspondiendo a una noción de “existencia digna”, conforme con lo dispuesto en el artículo 1º Superior que establece que la República se funda “en el respeto de la dignidad humana.”

3.2. Línea jurisprudencial en torno al problema de salud pública que representa la obesidad mórbida y la autorización por parte de las Entidades Promotoras de Salud de la cirugía bariátrica -bypass gástrico-.

Respecto al problema de la obesidad mórbida, que es una dolencia que puede dar lugar a la cirugía bariátrica (bypass gástrico) como procedimiento prescrito y excluido del POS, esta Corporación<sup>4</sup> ha analizado las dificultades que representa esta patología para la salud y calidad de vida de una persona.

En la sentencia T-384 de 2006<sup>5</sup> la Corte<sup>6</sup>, afirmó que la obesidad mórbida, “es una enfermedad crónica y progresiva, vinculada a numerosas enfermedades crónicas asociadas<sup>7</sup>, que llevan a una prematura incapacidad y mortalidad”.<sup>8</sup> De igual manera explicó que, en la mayoría de los casos relacionados con esa dolencia “se ha demostrado que las terapias convencionales, es decir, dietas, drogas antiobesidad y el ejercicio físico, son ineficaces en los obesos mórbidos”, por lo que la cirugía bariátrica, - como procedimiento quirúrgico que consiste “en reducir, mediante distintas técnicas (principalmente la gastroplastia, el by pass gástrico y la banda ajustable) la capacidad del estómago”-, contribuye a mejorar la calidad de vida de estas personas y aumentar su expectativa de vida<sup>9</sup>.

Por esta razón, en la providencia en mención, esta Corporación arribó a la conclusión de que con la negativa de la Empresa Promotora de Salud de autorizar esa clase de cirugías, no sólo se está permitiendo que con el tiempo se “prolonguen los mencionados padecimientos colaterales” o que “pueda empeorar [el] cuadro clínico” de las personas

[que la sufren], sino que se “agrav[e] su estado de salud por las ‘comorbilidades’” que “indudablemente repercutirán en su calidad de vida”. Por ende, en tal oportunidad concluyó, que la negativa de la entidad accionada de conceder la cirugía reclamada, vulneraba efectivamente el derecho a la salud en conexidad con la vida de la persona, por lo que al cumplirse los requisitos constitucionales para la autorización de tratamientos no POS por vía de tutela, la EPS accionada debía realizar la cirugía bariátrica prescrita, a favor de la demandante<sup>10</sup>.

Posteriormente, en la Sentencia T-725 de 2007, la Corte precisó y unificó los requisitos para que la cirugía bariátrica pueda ser autorizada por vía de tutela, así: i) debía quedar plenamente demostrado que la persona tenía una patología que le impedía absolutamente desenvolverse en comunidad o que tenía graves consecuencias para su vida biológica, “incluso la existencia misma del afectado”<sup>11</sup>; ii) debía demostrarse que el diagnóstico y solicitud de práctica del procedimiento habían sido proferidos por los médicos vinculados a la EPS accionada; iii) además, debía acreditarse que no existía otro tratamiento capaz de evitar el daño a la vida; y, iv) debía quedar claro que la persona no contaba con los medios económicos necesarios para sufragar el tratamiento, bien sea directamente o por medio de mecanismos de financiación no confiscatorios que cubran el riesgo.<sup>12</sup>

Aparte de los requisitos expuestos, que son básicamente los señalados por esta Corporación para inaplicar las normas que regulan las exclusiones de prestaciones del POS, para el caso en particular de la cirugía bariátrica (bypass gástrico etc.), dada la peligrosidad de este procedimiento, se debía obtener el “consentimiento informado del paciente”<sup>13</sup>, así como tener la valoración técnica realizada al paciente “candidato” de la cirugía, por parte de “un grupo interdisciplinario de médicos”, realizada antes de la emisión de la orden médica en el que se le prescriba dicho procedimiento<sup>14</sup>.

“11. Debe recordarse, en este punto, que la Corporación, 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>15</sup>;

y (ii) el “consentimiento informado del paciente”<sup>16</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.

En efecto, para el caso particular del procedimiento de “bypass gástrico por laparoscopia”, esta Corporación ha señalado 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.”<sup>17</sup> (negrilla y subrayado adicionado)

Posteriormente la Corte, al realizar un estudio sobre la problemática de salud pública en relación con la obesidad mórbida y su tratamiento a través de la cirugía bariátrica en su especialidad de bypass gástrico, reiteró en la Sentencia T-414 de 2008 su línea jurisprudencial, agregando que dichos procedimientos deben entenderse como incluidos dentro del POS.

A tal conclusión llegó en razón de que el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, que regula el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, contempla la “DERIVACIONES DE ESTÓMAGO” bajo el código 07631 y que si bien dentro de esa denominación no se incluye en ninguno de sus apartes la palabra “cirugía bariátrica”, ni la “cirugía bypass gástrico”, si se hace referencia al siguiente procedimiento: “Anastomosis del estomago; incluye gatroduodenostomía con el código 07630 y Anastomosis en Y de Roux Código 07631”.

Para tomar tal decisión en esa oportunidad se consultó el criterio del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Dicha entidad manifestó en relación con la terminología utilizada por el artículo 62 de la Resolución 5261 de 1994, lo siguiente:

“La resolución 5261 de 1994, que establece las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, no expresa taxativamente el procedimiento utilizando la expresión inglesa de By-pass gástrico pero sí estableció en su ARTICULO 62 las intervenciones quirúrgicas abdominales que como técnicas quirúrgicas se utilizan para realizar la derivación de estomago, como son:

“Anastomosis del estómago; incluye gatroduodenostomía con el código 07630

Anastomosis del estómago en Y de Roux Código 07631.

“Procedimiento que, como ya se mencionó anteriormente, SON LOS QUE SE UTILIZAN EN EL BY PASS GÁSTRICO...”

En consecuencia, si en sede de tutela se reclama la autorización de la cirugía byppas gástrico (cirugía bariátrica), ante la negativa de las Entidades Promotoras de Salud de realizarlo, el juez de tutela debe ordenar su práctica con cargo total a la Entidad Promotora de Salud accionada sin, la posibilidad de repetir al fondo Nacional de Solidaridad -FOSYGA-, por estar dicho procedimiento quirúrgico incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Lo anterior fue reiterado posteriormente en la sentencia T-586 de 1998, donde se dijo:

“... el procedimiento consistente en la realización del Bypass gástrico para la reducción de peso y masa corporal, ocasionado por la enfermedad de obesidad mórbida, está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, bajo una denominación distinta. En ese orden de ideas, las Entidades Promotoras de Salud deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica, en los pacientes con obesidad mórbida que así lo requieran, siempre que el médico tratante y un grupo interdisciplinario de médicos así lo dictaminen y, el paciente dé su consentimiento informado. (No está en negrilla en el texto original.)

(..)

En síntesis, a partir de la sentencia T-414 de 2008, esta Corporación consideró arribó a la conclusión de que la cirugía de BYPASS GÁSTRICO, para la reducción de peso y masa corporal, necesaria para tratar la patología de obesidad mórbida, está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, bajo una denominación diferente, tal como lo expuso el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses<sup>18</sup>. En ese orden de ideas, señaló que las Entidades Promotoras de Salud deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica, en los pacientes con obesidad mórbida que así lo requieran, siempre y cuando el médico tratante y un grupo interdisciplinario de galenos así lo dictaminen. Se requiere igualmente, que el paciente dé su consentimiento informado.

3.3. El derecho al diagnóstico médico oportuno como parte esencial de los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal. Reiteración de Jurisprudencia.

Ahora bien, recientemente la Corte en la Sentencia T-055 de 2009, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre “la orden médica” al analizar el caso de una menor de 14 años que requería de una cirugía de bypass gástrico por laparoscopia para tratar la obesidad mórbida que padecía y donde no se cumplía con el requisito de que el diagnóstico médico debe ser efectuado por el personal adscrito a la entidad accionada, pues dicho procedimiento había sido formulado por un médico particular. En dicha providencia se le concedió el amparo, argumentando que el derecho a un diagnóstico médico oportuno, constituye una parte esencial de los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal y en tal medida las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud que niegan a sus afiliados la posibilidad de ser diagnosticados por un médico adscrito a la entidad, ponen en grave peligro los derechos fundamentales anotados, pues se dilata injustificadamente la determinación de la enfermedad, y por tanto, la iniciación del tratamiento médico necesario para la recuperación o mejoramiento del estado de salud del afiliado. Sobre el particular dijo la providencia en cita:

“4.1 La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a un diagnóstico médico oportuno, constituye una parte esencial de los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal<sup>19</sup>.

Al respecto, esta Corte ha establecido que cuando las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud niegan a sus afiliados la posibilidad de ser

diagnosticados por un médico adscrito a la entidad, se pone en grave peligro los derechos fundamentales anotados, pues se dilata injustificadamente la determinación de la enfermedad, y por tanto, la iniciación del tratamiento médico necesario para la recuperación o mejoramiento del estado de salud del afiliado.

4.2 La Corte Constitucional ha sostenido que el derecho al diagnóstico médico se fundamenta en dos razones: (i) el deber que tienen las entidades responsables de prestar servicios de salud de determinar el estado de salud de sus usuarios, con base en el principio de calidad en la prestación del servicio de salud; y, (ii) garantizar el cumplimiento del requisito jurisprudencial relativo a que las órdenes dadas en sede de tutela tengan un respaldo médico.<sup>20</sup>

Así las cosas, respecto de los criterios indicados, en la sentencia T-1080 de 2008, la Corte señaló con relación a la primera razón:

“Forma parte del principio de calidad en la prestación del servicio de salud, la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica. Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.” (Negrilla fuera del texto original).

4.3 Ahora bien, frente al requisito consistente en que el diagnóstico médico debe ser efectuado por el personal adscrito a la entidad accionada, esta Corporación ha dicho que el derecho al diagnóstico permite dar cumplimiento al verdadero alcance del requisito en comento. Sobre el particular, en la sentencia T-1080 de 2008, este Tribunal explicó:

“Dicha regla busca de un lado, satisfacer el principio según el cual todo aquello que un juez ordene en materia de reconocimiento de prestaciones en salud, debe estar respaldado

por la orden de un médico, lo cual se mantiene independientemente de que el médico labore o no en una determinada empresa.

De otro lado, resulta lógico que las mencionadas empresas busquen reconocer aquellas prestaciones que sus médicos adscritos prescriben; pues las órdenes médicas, tal como se explicó, implican un procedimiento previo de seguimiento y análisis científico del estado de salud de las personas, lo que a su vez, se presume, es labor de estas empresas frente a sus afiliados. Aunque, ello no puede implicar que se anule la posibilidad de que el paciente, por ejemplo, acceda a “segundas” opiniones médicas de su condición de salud. Y, en dicho sentido, se puede afirmar que del procedimiento y seguimiento que precede la orden del médico tratante, forma parte también la controversia médica que se pueda suscitar en relación con la condición de salud del paciente y la manera de tratarla. Lo que, tendrá como conclusión, por supuesto, aquello que redunde en un mayor beneficio para el paciente.

En el mismo sentido, no se puede entonces afirmar, que lo anterior corresponda a una vulneración de la exigencia general de que las prestaciones en salud, a las tiene derecho una persona, deben ser prescritas por el médico tratante. Por el contrario, se puede concluir que, aceptar que la valoración del médico tratante puede ser complementada o controvertida, realiza de mejor manera aquel principio que procura que los pacientes obtengan del servicio de salud aquello que más los beneficie.” (Negrilla fuera del texto original).

En el mismo sentido, en la sentencia T-760 de 200821, sobre la relevancia del diagnóstico dado por un médico no adscrito a la empresa promotora de salud accionada, la Corte afirmó:

“El concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base

en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.<sup>22</sup>

(...)

La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,<sup>23</sup> sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.<sup>24</sup> También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como 'médico tratante',<sup>25</sup> incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.<sup>26</sup>

Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios.<sup>27</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo.<sup>28</sup> (...)

En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud.<sup>29</sup> (Negrilla fuera del texto original)."

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional en comento, el concepto de un médico no adscrito a la entidad promotora de salud a la cual se encuentra adscrito el paciente, puede tener efectos vinculantes si la empresa tiene conocimiento de tal concepto y no lo desechó con base en información científica, esto es, porque valoró inadecuadamente al usuario o porque no lo ha sometido a consideración del personal médico que sí está adscrito a la entidad en comento

En síntesis, los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal comprenden el derecho de todo paciente a un diagnóstico médico oportuno. Por ello, las entidades prestadoras de los servicios de salud, no podrán omitir la realización de procedimientos y actividades de diagnóstico requeridos por el usuario para determinar su estado de salud y el tratamiento médico a seguir.

Los precedentes anteriores, habrán de ser tenidos en cuenta por esta Sala, al resolver el caso sometido a su consideración.

#### 4. Caso Concreto.

4.1. En el presente caso el accionante instaura acción de tutela<sup>30</sup> contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud “SOS”, argumentando que ante la ineficacia de los diversos tratamientos para mejorar su condición médica, acudió a donde el Dr. José Pablo Vélez cirujano de la Clínica de la Obesidad de la Fundación Valle del Lili, quien le prescribió la práctica de una cirugía de bypass gástrico por laparoscopia, uso de “ligasure y sutura mecánica”. Dicho procedimiento le fue negado por la demandada en el entendido de que se encontraba excluida de los procedimientos autorizados por el POS a cambio le sugiere otros tratamientos alternativos como sería someterse a dieta y ejercicios.

4.2. El juez de conocimiento negó el amparo impetrado al estimar que en el proceso de la referencia esta comprobado que el señor Rondón Giraldo no cuenta con orden de cirugía emitida por galeno adscrito a la entidad accionada. Además, el accionante no ha acudido al servicio de promoción y prevención de la entidad en el programa de obesidad, lo que no ha permitido valorar otro tipo de manejo para el problema que lo afecta.

4.4. De la lectura del material probatorio que obra a folios 3 y 4 del expediente,

aparece acreditado que el accionante acudió a un médico especialista quien efectuada la evaluación respectiva dictaminó que el señor Rondón Giraldo es un paciente de 32 Años, con cuadro de obesidad mórbida por más de 5 años, peso de 129 kg. y talla de 170 cm, para un índice de Masa Corporal de 45 Kg/m<sup>2</sup>. Según el concepto médico emitido, requiere tratamiento quirúrgico de obesidad con cirugía bariátrica, debido a la falla de los tratamientos no quirúrgicos (dietas, ejercicios y medicamentos). Aseveró que el accionante no consume dulce, ni licor. Ha tomado sibutramina con poco resultado y tiene antecedentes familiares de Diabetes Mellitus. La obesidad mórbida ha producido en éste, entre otras consecuencias, las siguientes: artralgias en rodillas, dolor cervical. Ronca mucho, sueño irregular, episodios de apnea nocturna, síntomas de apnea del sueño.

4.5. Confrontado el anterior dictamen con el emitido por la Dra. Claudia Lara, médica general adscrita a la demandada, donde se niega la autorización del procedimiento de bypass gástrico por laparoscopia, por no estar cubierto por el POS y a cambio le sugiere tratamiento con dietista y ejercicios, la Sala llega a la conclusión que para el caso del señor Maximiliano Rondón Giraldo, no hay una valoración adecuada del usuario por parte de la EPS, pues la cirugía se le niega por no estar dentro del POS y la alternativa que se le ofrece no constituye una alternativa terapéutica que sustituya la intervención que eventualmente requeriría el accionante, pues de conformidad con lo expresado por el demandante y el médico especialista en obesidad, tales posibilidades ya fueron agotadas sin resultados positivos.

4.6. Ahora bien, dado que en el presente caso no fue un médico tratante de la entidad demandada quien ordenó la práctica de la cirugía, en principio -y así lo consideró el juez único de instancia- la acción de tutela no estaría llamada a la prosperidad. Sin embargo, como de indicó antes (aparte 3.3. de las consideraciones generales de esta sentencia), una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en relación con la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso al servicio. Por tal motivo, se reitera la jurisprudencia constitucional, que ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una entidad de salud cuando la E.P.S no los excluye de una manera suficientemente razonada. Esto ocurre cuando la EPS tiene conocimiento del concepto de médico externo y se opone sin realizar una valoración adecuada del

usuario.

4.7. Ahora bien, teniendo en cuenta que la cirugía bariátrica es un procedimiento de muy alto riesgo, invasiva y de alta peligrosidad, es menester ordenar que en el caso concreto se cumplan los requisitos señalados por esta Corporación para esta clase de procedimientos quirúrgicos a, saber: (i) La efectiva valoración técnica, que debe hacerse por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de practicar el procedimiento; (ii) el “consentimiento informado del paciente”, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencia médica 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; (iii) y el respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.

4.8. En este entendido, la orden que de la Sala en la presente sentencia, en la que se concederá el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida del Maximiliano Rondón Giraldo, deberá satisfacer tales requisitos.

En consecuencia, la Sala ordenará a la EPS accionada que, previamente a la realización de la intervención quirúrgica de bypass gástrico por laparoscopia que le fue prescrita al accionante, la someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas, que le suministren a él la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia, para que el mismo manifiesten de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado del paciente, la EPS dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica de la intervención quirúrgica la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del grupo multidisciplinario de especialistas de la EPS.

### III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira del 29 de septiembre del 2008, y en consecuencia, tutelar su derecho fundamental a la salud y a la vida digna.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de la Empresa Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud "SOS", que previamente a la realización de la intervención quirúrgica de bypass gástrico por laparoscopia que le fue prescrita al señor Maximiliano Rondón Giraldo, lo someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas, que le suministre la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado del paciente la EPS dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica de la intervención quirúrgica, la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del grupo multidisciplinario de especialistas de la EPS.

De igual manera, la entidad accionada debe brindar la atención integral que requiera el señor Maximiliano Rondón Giraldo tales como procedimientos, controles, medicamentos y evaluaciones previos y posteriores a la realización de la cirugía de By pass 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.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folios 1-9 del expediente.

2 En declaración rendida ante el juez de primera instancia, el actor manifiesta lo siguiente: "PREGUNTADO: Diga al juzgado si el médico que expidió la orden la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia es adscrito a la EPS. CONTESTO: Creo que no. PREGUNTADO Indique si usted fue remitido por los médicos de Comfenalco EPS al médico especialista que ordena el procedimiento que requiere dentro de la presente acción de tutela. CONTESTO: No, ellos me trataron con droga, medicina, los ejercicios moderados sin resultado."

3 Ver entre otras, las Sentencias T-706 y T-274 de 2004.

4 Corte Constitucional. Sentencias T-867 de 2006, T-469 de 2006, T-384 de 2006, T-265 de 2006, T-060 de 2006, T-027 de 2006, T-1272 de 2005, T-1229 de 2005, entre otras.

5 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

6 Se trató del caso de una paciente a quien la EPS Seguro Social se negó a autorizar y realizar la cirugía bariátrica que le fue ordenada por su médico tratante, para contrarrestar la Obesidad Mórbida G3. Esa enfermedad le había causado dolencias colaterales, como problemas de columna, ahogo nocturno y dolor en la cintura y pies que comprometían las funciones vitales de la actora. La Corte consideró en ese caso, que dado 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 actora, y por tanto ordenó que la EPS ISS Seccional Cundinamarca dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo había hecho autorizara y practicara la CIRUGÍA BARIÁTRICA.

7 Entre otras según la sentencia, “Enfermedad cardiovascular, de arterias coronarias, síndrome de apnea del sueño, hígado graso, osteoartritis, dislipidemia, intolerancia a la glucosa o diabetes, hiperuricemia, alteraciones menstruales, infertilidad y mayor frecuencia de cáncer de mama y ovario (3 veces), útero (5 veces), colon y próstata (3 veces)”.

8 De hecho, esta providencia sostuvo, que “pruebas científicas han determinado que las personas con un diagnóstico de obesidad mórbida tienen una menor expectativa de vida (10-15 años) y mayor mortalidad (6-12 veces).

9 Cfr. Sentencia T-384 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

10 Sobre el particular, puede consultarse igualmente la sentencia T-171 de 2003, en la que se analizó un caso de obesidad mórbida relacionado con la negativa de una empresa de medicina prepagada de realizar la operación bariátrica correspondiente. En ese caso se le ordenó al particular la realización de la cirugía. En la sentencia T-264 de 2003 se estudió una situación en la que no era claro el beneficio del By Pass Gástrico para la paciente, por lo que se ordenó su valoración por parte de un equipo interdisciplinario que revisara la necesidad y oportunidad para la actora de la cirugía bariátrica y en caso de que fuera conducente, que se practicara. En la sentencia T-1229 de 2005 se analizó el caso de una paciente con obesidad mórbida perteneciente al Sisbén y sin capacidad económica para cubrir el copago de la cirugía de Bypass. En esa sentencia, a pesar de que los médicos tratantes habían enunciado que la señora era “candidata” a la cirugía de By Pass, la Corte ordenó a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá contratar con alguna entidad especializada la realización de la cirugía, previa obtención de un consentimiento informado de la paciente. En esa providencia además, se recordó la necesidad de lograr un consentimiento informado, dado que este tipo de cirugías son altamente invasivas y presentan en algunos casos, efectos secundarios. Ver también la sentencia T-060 de 2006 en la que se siguió esta misma línea jurisprudencial y se concedió la

tutela.

11 Sentencia, T-110 de 2007.

12 Reiterada en la sentencia T-586 de 2008.

13 Requisito que ya había introducido la Sentencia T-1229 de 2005.

14 Sentencia T-725 de 2007

15 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.

16 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.

17 Sentencia T-1229 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.

18 En dicho fallo la Sala de Revisión aclaró:

“Sin embargo, en cada caso concreto, será el médico tratante y el grupo interdisciplinario los que determinen el tratamiento, medicamentos y procedimientos indicados e cada paciente para el manejo de su obesidad, con su respectivo consentimiento informado y respeto del derecho al diagnóstico como ya se señaló.

Para finalizar, en lo que respecta a la tercera pregunta que trata sobre lo descrito en el artículo 62 de la Resolución 5261 de 1994, que hace referencia a las “DERIVACIONES EN ESTÓMAGO” bajo el Código 07630 Anastomosis del estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el Código 07631 Anastomosis de estómago en Y de Roux, conforme a los dictámenes solicitados pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como By pass gástrico para cirugía bariática...” (negrilla y subraya fuera de texto)

19 Al respecto, se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias: T-1083 de 2006, T-887 de 2006, T-343 de 2004, T-364 de 2003, T-178 de 2003, T-775 de 2002, T-849 de 2001 y T-366 de 1992.

20 En igual sentido, se pueden consultar las sentencias T-398 y T-324 de 2008.

21 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22 En la sentencia T-500 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), por ejemplo, la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la EPS, que había considerado la patología en cuestión como de ‘carácter estético’ sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

23 Recientemente, en la sentencia T-083 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo) la Corte resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), “que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente

contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.”.

24 Al respecto ver la sentencias T-304 y T-835 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-1041 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

25 En la sentencia T-1138 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) se decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

26 En la sentencia T-662 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte ordenó a una entidad de medicina prepagada autorizar el servicio de salud (implante coclear) ordenado por un médico no adscrito a su entidad (Colmédica Medicina Prepagada), entre otras razones, porque una autorización previa por parte de la entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado.” En este caso la Corte tuvo especial atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima.

27 En las sentencias T-1138 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-662 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), por ejemplo, la Corte consideró que la órdenes impartidas por los médicos debían ser acatadas, así no estuvieran adscritos ‘formalmente’ a la entidad acusada, por cuanto ya habían sido tratados como médicos tratantes o hacían parte de su red de contratistas. Se tuvo en cuenta que se trataba de profesionales de la salud reconocidos, que hacían parte del Sistema y habían tratado al paciente al que le habían dado la orden, es decir, conocían su caso.

28 En la sentencia T-151 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), siguiendo lo dispuesto en sentencias tales como la T-835 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), se consideró lo siguiente: “el examen diagnóstico prescrito por el especialista en nefrología pediátrica [al menor], es requerido para determinar el origen de su afección y

proporcionar el tratamiento adecuado para ésta, pues los medicamentos y exámenes realizados hasta el momento se han mostrado ineficaces para revelar cuál es la situación específica de salud del niño. [...] Además, la intervención del médico externo al Instituto de Seguro Social fue posterior a que los médicos adscritos a la entidad hubieran atendido, sin resultados satisfactorios al menor. Igualmente, el padre del menor presentó ante el ISS el concepto del médico externo, con el fin de que un médico adscrito lo valorara, pero no recibió ninguna respuesta. [...] Por esta razón, la negativa de la EPS a ordenar la práctica del examen, fundada en que el médico que lo ordenó no se encuentra adscrito a dicha entidad, es violatoria de los derechos fundamentales del menor.” El juez de instancia había negado por que la orden médica la había impartido un médico que no estaba adscrito a la EPS acusada.

29 En muchos casos la jurisprudencia ha garantizado el acceso a un examen diagnóstico. Entre otras, ver las sentencias T-862 de 1999 (Carlos Gaviria Díaz), T-960 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-273 de 2002 (Rodrigo Escobar Gil), T-232 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-871 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-762 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-887 de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería), T-940 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

30 La demanda de tutela se presentó el 16 de septiembre de 2008.