Sentencia T-384/06

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

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD-Prueba de la incapacidad económica para asumir tratamiento/DERECHO A LA SALUD-Práctica de cirugía bariátrica excluída del POS a persona que no posee capacidad económica

Referencia: expediente T-1302011

Acción de tutela instaurada por Elsa Suárez Moncada contra la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Elsa Suárez Moncada contra la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

La señora Elsa Suárez Moncada interpuso acción de tutela contra la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca, por considerar vulnerados los derechos a la vida, a la salud, a la igualdad y a la dignidad humana. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

a. Expone que se encuentra afiliada a la EPS accionada en calidad de beneficiaría desde el año 2002.

a. Declara que le diagnosticaron Obesidad G3 Mórbida de cinco años de evolución, enfermedad que ha deteriorado su estado de salud, pues presenta un dolor generalizado en la cintura, pies, ahogo nocturno, problemas en la columna y dificultad para caminar.

a. En consecuencia, el médico tratante le ordenó la practica de una CIRUGÍA BARIATRICA "que evitará que ingiera grandes cantidades de comida".

a. Aduce que, el 29 de noviembre de 2005, la EPS Seguro Social negó la practica de la mencionada cirugía por encontrase excluida del Plan Obligatorio de Salud –POS-.

a. Finalmente, arguye que no cuenta con recursos económicos suficientes para costear el pago del procedimiento medico prescrito, pues depende económicamente de su esposo quien se desempeña como transportador en la empresa Mercedes Orjuela y Ltda., con un ingreso mensual del mínimo, tienen dos hijos de 14 y 17 años de edad, y lo poco que reciben de ingresos lo destinan al pago de "servicios, alimentación y lo que genera el sostenimiento de un hogar".

Por todo lo anterior, solicita que se ordene a la EPS Seguro Social autorizar y cubrir el 100% de la totalidad del costo de la Cirugía Bariatrica, "tratamiento integral, medicamentos, hospitalización, procedimientos, tratamientos asistenciales, rehabilitación y terapias que ordenen los médicos tratantes y que requiero hasta mi recuperación" e indicar que la EPS Seguro Social puede repetir ante el FOSYGA.

2. Respuesta del ente demandado.

La señora Ana Socorro Giral Junca, actuando en su calidad de representante legal del Seguro Social Seccional Cundinamarca, solicita que se niegue la presente tutela "dado que no se demuestran todos los presupuestos exigidos por las normas y jurisprudencia citadas. Si se demuestran a posteriori la falta de capacidad económica, vincule al FOSYGA al proceso para

que la EPS-ISS pueda pedir el reembolso procedente".

Sostiene que la accionante se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud SGSSS en calidad de beneficiaria. Así mismo, afirma que la cirugía ordenada a la señora Elsa Suárez Moncada no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud POS (Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud). Sin embargo, aduce que el Instituto de los Seguros Sociales ha cumplido con la prestación de los servicios médicos contemplados en el citado plan.

Alega que no se encuentra demostrado que la usuaria no cuente con capacidad económica para solventar el pago del procedimiento quirúrgico prescrito, así como los elementos y medicamentos que se encuentre por fuera del POS "de todas formas, en caso de probarse la insuficiencia de recursos, el Estado entraría a cubrir los costos solicitados a través de la red pública".

Señala que sí el Instituto de los Seguros Sociales debe brindar algunos procedimientos que se encuentren por fuera del POS, se deberá autorizar el recobro del costo generado por los mismos, ante el FOSYGA y a favor del Seguro Social en un periodo de tiempo determinado.

3. Pruebas

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

* Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Elsa Suárez Moncada, en la que aprecia que nació el 20 de mayo de 1965 y mide 1.51 de estatura (folio 15 del cuaderno original).

* Fotocopia del formulario único de afiliación e inscripción a la EPS Seguro Social –Régimen Contributivo- para trabajadores dependientes y servidores públicos, en el que se contempla que la señora Elsa Suárez Moncada se encuentra afiliada a la EPS accionada en calidad de beneficiaria de su cónyuge, desde el 13 de abril de 2004 al igual que sus dos hijos (folio 18 cuaderno original).

* Fotocopia de unos exámenes de laboratorio realizados a la accionante el 26 de abril de 2005, en los que se aprecia que tiene problemas de colesterol, Hematocrito y RDW-CV (folio 27 del cuaderno original).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

* Fotocopia de la orden medica proferida, el 5 de octubre de 2005, por el Hospital Universitario San Ignacio, en la que el médico Lázaro Elías Jiménez ordena a favor de la señora Elsa Suárez Moncada "consulta de control o seguimiento por medicina especializada Cirugía Bariatrica" (folio 14 cuaderno original).

* Formularios de autoliquidación mensual de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral –Seguro Social-, periodos de cotización de octubre, noviembre y diciembre de 2005 (folio 24, 25 y 26 cuaderno original).

* Fotocopia de la respuesta dada, el 29 de noviembre de 2005, por el Seguro Social Seccional Cundinamarca a la petición formulada por la señora Elsa Suárez Moncada, el 23 de noviembre de 2005, relacionada con la autorización de la CIRUGÍA BARIATRICA. En este escrito se observa que el citado procedimiento es negado por no estar incluido en el POS (folio 10 cuaderno original).

* Fotocopia de una certificación expedida por la empresa Mercedes Orjuela Santamaría y CIA LTDA, de fecha 18 de enero de 2006, en la que consagra que el señor Víctor Manuel Montoya, cónyuge de la señora Elsa Suárez, se encuentra laborado con dicha empresa en el puesto de conductor con un ingreso mensual de 408.000 pesos (folio 23 cuaderno original).

* Fotocopia de la Historia Clínica – Área de Psicología- de la señora Elsa Suárez (folio 30 cuaderno original).

* Fotocopias de las facturas de servicios públicos, del teléfono, gas, agua y luz (folio 31, 32, 33 y 34 del cuaderno original).

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Del presente asunto conoció el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Penal del Circuito de Bogotá, que en providencia del 27 de enero de 2006 deniega el amparo solicitado. Considera que revisada la prescripción médica allegada, la única consecuencia asociada a la obesidad mórbida "dice relación con la presencia de alteraciones psicológicas. Se infiere, que la paciente está sufriendo apenas un trauma psíquico por su condición obesa".

En consecuencia, indica que dicha situación puede superarse mediante tratamiento psicológico que la EPS Seguro Social le puede brindar, dado que "tiene la potencialidad de concientizarla sobre la necesidad de realizar un riguroso manejo dietario acompañado de un serio plan de ejercicios para controlar el peso e, incluso, generarle niveles de aceptación

frente a su condición". Finalmente, sostiene que no se observa que la obesidad esté poniendo en grave peligro la vida e integridad personal de la señora Elsa Suárez.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión le corresponde a la Sala establecer si la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca desconoció los derechos fundamentales de la señora Elsa Suárez Moncada, al negarle la autorización y práctica de la CIRUGÍA BARIATRICA, bajo el argumento de no estar contemplada en el Plan Obligatorio de Salud –POS- y ante la afirmación de no existir información acerca de la incapacidad económica de la accionante para sufragar los costos del citado procedimiento.

Para tal efecto la Sala hará referencia a la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la salud, la procedencia de la acción de tutela para obtener la autorización y práctica de un procedimiento excluido del POS y por último tratará el requisito en particular de la falta de

capacidad de pago. Abordados estos asuntos, entrará a determinar si la señora Elsa Suárez Moncada tiene o no derecho al amparo solicitado.

3. Reiteración de jurisprudencia. Derecho a la salud y procedencia de la acción de tutela para obtener la autorización y práctica de un procedimiento excluido del POS.

El derecho a la salud está previsto en el artículo 49 de la Carta Política como un servicio público a cargo del Estado, garantizado a todas las personas, permitiendo el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. El artículo señala que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a todos los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La Corte Constitucional ha concebido el derecho a la salud como "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento"1. También ha señalado que el derecho a la salud, en principio, no es un derecho de rango fundamental, ya que tiene el carácter de prestacional, económico y asistencial, toda vez que para su efectividad requiere de normas presupuéstales, administrativas y procedimentales que viabilicen y optimicen la eficacia del servicio público y garanticen el equilibrio del sistema.2

No obstante, en varias oportunidades la Corte ha precisado que la atención en salud adquiere el carácter de fundamental, de manera autónoma bajo ciertas circunstancias3, y por conexidad cuando su vulneración afecta derechos fundamentales como la vida, integridad y dignidad4. En cualquiera de estos supuestos la acción de tutela es procedente. Al respecto, en la sentencia T-924 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, esta Corporación explicó lo siguiente:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“La Corte Constitucional ha precisado en su jurisprudencia, que la salud tiene carácter de derecho fundamental por lo menos por dos vías. i) por conexidad, cuando una persona requiere ciertos servicios que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero que resultan indispensables y necesarios para el mantenimiento de su vida, de su integridad física y de su dignidad. Y ii) de manera autónoma, cuando existen regulaciones que generan un derecho subjetivo sobre las personas a recibir las prestaciones y los medicamentos allí definidos.

En cualquiera de las dos posibilidades esbozadas, la acción de tutela es procedente para amparar el derecho a la salud. En el primero de los casos, esta Corporación ha expresado diversas y precisas fundamentaciones para justificar la actividad del juez constitucional. Por ejemplo, en las sentencias T-406 de 1992 y T -571 de 1992, la Corte expresó al respecto lo siguiente:

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.”5

En virtud de lo anterior, la Corte ha señalado que en los casos en que una persona requiera un medicamento, examen, cirugía o tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud – POS,

en virtud de la supremacía de la Constitución es procedente inaplicar la reglamentación expedida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, cuando se trate de garantizar el derecho a la salud en conexidad con la vida. Al respecto en la sentencia T-928 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte señaló lo siguiente:

"…si por la aplicación estricta de la reglamentación legal que impone la exclusión de ciertos tratamientos, procedimientos o medicamentos del P.O.S., se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios de una entidad de previsión social, la acción de tutela se torna procedente para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a un vida digna, siempre y cuando se atiendan los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para dar aplicación directa a los mandatos de orden superior (art. 4 Constitución Política), sobre las normas infraconstitucionales que vulneren en el caso concreto los derechos fundamentales del peticionario, lo cual es posible debido al efecto normativo de la Carta, que irradia el contenido de todo el ordenamiento jurídico."

Sin embargo, para tal efecto es necesario que la persona que requiera la prestación de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos6:

"Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

“Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

“Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.

“Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.”7

De igual forma la Corte ha señalado que no es aceptable que se retrase la autorización de procedimientos que los médicos adscritos prescriben, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados, no solamente cuando se pruebe que sin ellos la vida del paciente está en peligro sino cuando se suspenden injustificadamente, por ejemplo, cirugías necesarias para el restablecimiento de la salud.8

Así pues, en los casos en los cuales los usuarios requieren de un tratamiento, examen, intervención, medicamento o diagnóstico pero las entidades promotoras de salud lo niegan con fundamento en que no está incluido en el POS, la Corte ha explicado que la acción de tutela se torna procedente siempre y cuando se afecten derechos fundamentales y se cumplan con los criterios señalados en la jurisprudencia constitucional.

Si se cumplen las precedentes condiciones, entonces la E.P.S. deberá suministrar el servicio que se requiera, y con el fin de preservar el equilibrio financiero tiene la posibilidad de repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencias precedentes.9

4. Prueba de la falta de capacidad económica.

Como se vio, uno de los requisitos para obtener por parte de la E.P.S. una prestación médica excluida del P.O.S. es el relacionado con la falta de capacidad económica del usuario. La importancia de acreditarlo se justifica ante la necesidad de preservar el equilibrio financiero de las E.P.S. y en general del sistema de salud contributivo. La Corte ha plasmado en su jurisprudencia que quien pertenezca al régimen contributivo, para acceder a los beneficios excluidos del Plan Obligatorio de Salud –POS-, debe "demostrar su incapacidad económica para asumirlos, la necesidad del tratamiento que permita garantizar sus derechos a la salud y a la vida y que la orden haya sido impartida por el médico tratante adscrito a la entidad promotora de salud." 10

Por tal razón los afiliados al sistema que cuenten con capacidad de pago para costear las prestaciones médicas que requieren deben asumir el valor que les corresponda. Se presume que quien haga parte del régimen contributivo cuenta con capacidad de pago11. No obstante, dicha presunción no opera de manera absoluta y en tal medida ha señalado la Corte que debe tenerse en cuenta las particularidades de cada caso.

Una de las primeras reglas que ha señalado esta Corporación en estos casos, es la que al actor le incumbe probar que no posee recursos económicos u otros medios para poder acceder al procedimiento excluido del POS. En relación con lo antes dicho, la jurisprudencia de esta Corporación sostuvo en la Sentencia de unificación 819 de 1999 relacionada con la necesidad de demostrar la capacidad de pago para acceder a lo beneficios que se

encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, lo siguiente:

” i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.”

Así mismo, en la Sentencia T-683 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett, se resumieron los requisitos a tener en cuenta en materia de condiciones probatorias cuando se trata de demostrar la incapacidad económica del solicitante de tutela que reclama la autorización de procedimientos, intervenciones, diagnósticos, medicamentos excluidos del POS de la siguiente manera:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus

poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad".

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el mismo sentido, esta Corporación ha explicado que no es razón suficiente para negar el amparo solicitado que el afiliado posea algún ingreso, sino que debe acreditarse que éste sea suficiente para asumir el valor del tratamiento excluido del POS y, a su vez, permita financiar las demás obligaciones personales, familiares y económicas del afiliado. Al respecto en la Sentencia de Unificación SU-819 de 1999, reiterada entre otras, en la sentencia T-564 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte señaló:

"el usuario del servicio de salud que cuente con recursos económicos para comprar los medicamentos que no estén en el listado de cobertura del POS deben ser asumidos por ellos, sin embargo, se deberá tener en cuenta, aquella parte de los ingresos que se pueden tomar del flujo de ingresos mensuales del usuario, sin menoscabar aquellos destinados para vivienda, educación, seguridad social (aportes para salud y pensiones), y demás elementos que permitan asegurar una subsistencia digna, como la alimentación y el vestuario12".

De igual forma, en la sentencia T-666 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes, esta Corporación sostuvo al hacer referencia a la noción de gastos soportables, principio desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación 4º, lo siguiente:

"Nótese que este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada."

"El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo".

En virtud de lo anterior, se concederá el amparo solicitado y se ordenará la autorización y práctica de un procedimiento excluido del POS si se cumplen las pautas esbozadas por esta corporación para inaplicar la legislación que regula las exclusiones o limitaciones del POS, teniendo que valorar si a pesar de la existencia de ingresos económicos los costos de los tratamientos ordenados por el medico tratante constituyen un gasto soportable, es decir si

con la asunción de los mismos no se afectan otros derechos y garantías constitucionales.

5. Caso Concreto

De acuerdo con los hechos y jurisprudencia reseñada, procede esta Sala a determinar si la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Elsa Suárez Moncada, al negar la autorización y práctica de la CIRUGÍA BARIATRICA.

Conforme a lo anterior se analizará si en el presente caso se cumplen los requisitos para proceder a inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud.

La obesidad es una enfermedad crónica y progresiva, vinculada a numerosas enfermedades crónicas asociadas13, que llevan a una prematura incapacidad y mortalidad14. Por lo anterior, pruebas científicas han determinado que las personas con un diagnostico de obesidad mórbida tienen una "menor expectativa de vida (10-15 años) y mayor mortalidad (6-12 veces)".

Así mismo, se ha demostrado que las terapias convencionales, es decir, dietas, drogas antiobesidad y el ejercicio físico, son ineficaces en los obesos mórbidos, por ende, en estos casos la cirugía es la mejor opción, no solo para disminuir la masa corporal sino para mejorar la calidad de vida de estas personas y aumentar sus expectativas de vida15.

En efecto, del material probatorio obrante en el expediente, la Sala advierte que la negativa de la EPS Seguro Social de autorizar y practicar la CIRUGÍA BARIATRICA, ordenada a la señora

Elsa Suárez para contrarrestar la Obesidad Mórbida G3, con el argumento de que se encuentra excluida del POS, está amenazando los derechos fundamentales a la vida, a la salud e integridad física de la accionante16.

A dicha conclusión se llega, si se tiene en cuenta que de los hechos narrados por la actora y de las pruebas allegadas al expediente, la Obesidad G3 Mórbida diagnosticada a la actora, ha sido la 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.

Lo anterior se ratifica con el concepto emitido por el médico Lázaro Elías Jiménez González, adscrito al Hospital Universitario San Ignacio y con los exámenes de laboratorios realizados a la accionante, en los que se contempla que la señora Elsa tiene como consecuencia de la obesidad "alteraciones psicológicas asociadas y glicemia previa en ayunas alterada" (folio 13) y problemas con el colesterol, Hematocrito y RDW-CV (folio 27).

De igual forma, la Corte advierte que la señora Elsa Suárez Moncada, con una estatura de 1.51 metros, ha presentado desde hace varios años (2002), un aumento de peso que inició con 72 y aumento a 90 kilos, que ha manejado con dieta y ejercicio "sin mejoría clínica o respuesta médica" (folios 13 y 14).

Como resultado y ante la no mejoría con la dieta y el ejercicio, es que se ordenó la CIRUGÍA BARIATRICA, procedimiento quirúrgico que consiste "en reducir, mediante distintas técnicas (principalmente la gastroplastia, el by pass gástrico y la banda ajustable), la capacidad del estómago. No se trata de cirugía plástica, pues pertenece al campo de la cirugía General y Gastroenterológica, y son siempre intervenciones agresivas con el cuerpo que sólo se deben llevar a cabo en casos extremos y siempre que hayan fracasado tratamientos anteriores menos invasivos"17.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Ahora bien, con relación a si el procedimiento médico excluido del POS puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido, se sabe que en el presente caso la CIRUGÍA BARIATRICA ordenada a la señora Elsa Suárez Moncada fue negada por la EPS Seguro Social con el argumento de estar por fuera del POS (folio 10).

Dicho procedimiento fue prescrito por ser el único medio eficaz para lograr una disminución rápida y significativa de la masa corporal, sin exponer la vida de la accionante a un alto riesgo.

La parte demandada omitió pronunciarse sobre este aspecto central del caso siendo destacado que, en momento alguno, alega la existencia de otro procedimiento o servicio médico, incluido en el Plan Obligatorio de Salud, que reúna las características necesarias para reemplazar efectivamente la cirugía mencionada en el tratamiento de la obesidad mórbida severa en cuestión.

Sobre el particular, hay que reiterar que en el campo de la medicina se ha concluido que "todas las personas que tienen obesidad mórbida deben operarse porque no existe tratamiento médico a base de medicinas con dieta o pastillas o ejercicios que trate adecuadamente la obesidad mórbida"18. Por lo anterior, la Sala considera satisfecho también el segundo requisito jurisprudencial bajo análisis.

En lo referente a la capacidad económica de la señora Elsa Suárez Moncada, la Sala concluye que no posee recursos económicos suficientes para pagar la cirugía ordenada, pues no

cuenta con una fuente de recursos propios debido a que su actividad es la propia de una ama de casa, depende de su cónyuge, quien se desempeña como transportador en la empresa Mercedes Orjuela y Ltda. con un ingreso mensual de 408.000 pesos (folio 23), tienen a cargo dos hijos menores de edad (folio 18) y lo poco que reciben de ingresos lo destinan al pago de servicios públicos (folios 31, 32, 33 y 34), alimentación y gastos del hogar.

Además, si la demandante manifiesta que carece de recursos económicos suficientes para cubrir el costo de la cirugía ordenada, esta planteando lo que jurídicamente se denomina una negación indefinida, caso en el cual la carga probatoria de la capacidad económica recae es sobre la EPS Seguro Social, la cual no desvirtuó lo dicho por la señora Elsa Suárez Moncada.

Lo anterior, permite concluir que ella no puede sufragar el costo del procedimiento quirúrgico ordenado, sin afectar su digna subsistencia. Tampoco se demostró que ella pueda acceder al servicio de salud que requiere por otro sistema o plan de salud.

Finalmente, con relación a si el procedimiento quirúrgico prescrito a la accionante fue ordenado por el médico tratante, a folio 14, se observa que el médico que ordenó la CIRUGÍA BARIATRICA, a la señora Elsa Suárez Moncada, se encuentra adscrito al Hospital Universitario San Ignacio, Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) con la que la EPS Seguro Social contrató la atención médica de la paciente. Por ende, se concluye que el procedimiento fue ordenado por el médico tratante adscrito a la EPS accionada.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso se cumplen plenamente 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. En consecuencia se concederá la tutela interpuesta ordenando a la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca que 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 BARIATRICA en los términos prescritos por el médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.

Por tratarse de un procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud, la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca podrá reclamar al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- aquellos valores que legalmente no esta obligada a sufragar19.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo dictado por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Penal del Circuito de Bogotá y en su lugar CONCEDER la tutela por los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana de la señora Elsa Suárez Moncada.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS Seguro Social Seccional Cundinamarca que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice y practique la CIRUGÍA BARIATRICA en los términos prescritos por el médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.

TERCERO. DECLARAR que si la EPS Seguro Social lo considera necesario puede reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía- FOSYGA- aquellos valores que no está obligada a soportar.

CUARTO. Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T–597 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada recientemente en la sentencia T-1218 de 2004, MP. Jaime Araújo Rentería.

2 En este sentido pueden consultarse las sentencias SU-480 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero, T-897 de 2002, MP Álvaro Tafur Galvis.

3 Cfr T-858 y T- 924 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Pueden consultarse las sentencias T-419 de 2001 y la T-538 de 2004.

5 Al respecto en la citada sentencia T-1218 de 04, MP. Jaime Araújo Rentería, la Corte precisó también lo siguiente: "Tratándose del derecho a la salud, en principio éste no ostenta la calidad de fundamental, pero puede adquirir tal carácter cuando las circunstancias del caso lo ligan a un derecho catalogado como fundamental."

6 Sentencias SU-111 y SU-480 de 1997, T-236, T-283 y T-560, T-560 de 1998, T-108 de 1999, T-409 de 2000, T-406 de 2001, T-170 de 2000, T-244 y T-667 de 2002, T-137 y T-919 de 2003, y T-1176 de 2003 entre otras.

7 Sentencia T-300/01, T-593/03 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

8 Sentencia T-911 de 2003, MP Jaime Araújo Rentería.

9 Sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001, T-578 de 2003, entre otras.

10 Sentencia 564 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

11 Sentencia T-666 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

12 Parte final de la sentencia SU-819 de 1999, MP. Álvaro Tafur Galvis y reiterada, entre otras, en la Sentencia T-564 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

13 "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)".

14 www.aac.org.ar/PDF/UT0705.pdf.

15 www.gordos.com.

16 La Corte en varios fallos de tutela ha tratado el caso de la obesidad mórbida como en los siguientes: T-265 de 2006, MP. Jaime Araujo Rentería, T-060 de 2006, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-1229 de 2005, MP, Jaime Araujo Rentería, T-264 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño y T-365 de 2002, MP, Jaime Córdoba Triviño.

17 www.adelgazar.net/n03082.htm

18 www.gordos.com

19 Sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, T-1018 y T-935 de 2001, T-578 de 2003, T-128 de 2005, entre otras.