

Sentencia T-403-09

Referencia: expediente T-2166403.

Acción de tutela instaurada por Katherine Walevska Zambrano Yusunguaira, en contra de Sanitas EPS.

Procedencia: Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D.C., junio dieciséis (16) de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por Katherine Walevska Zambrano Yusunguaura, contra Sanitas EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la Secretaría del Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

La señora Katherine Walevska Zambrano Yusunguaira, elevó acción de tutela en abril 29 de 2008, en contra de Sanitas EPS, aduciendo vulneración de sus derechos a la salud en conexidad con la vida, la seguridad social y la dignidad humana, por los hechos que a continuación son resumidos

1. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1.1. La actora de 25 años de edad, presenta trastornos depresivos recurrentes, ocasionados por su estado de obesidad severa, situación que ha hecho que desde los

quince años se vea sometida a múltiples tratamientos psicoterapéuticos y farmacológicos, a fin de obtener el peso ideal para su estatura, debido a que en estos momentos pesa 95 kilos y de acuerdo a su talla el peso debería ser entre 55 y 60, presentando un sobrepeso de 35 kilos.

1.2. Afirma que ha estado en constante tratamiento siquiátrico, pues la obesidad severa afecta gravemente su estado emocional, al sentirse rechazada por la sociedad, discriminada en el mercado laboral, con baja autoestima y cansancio que le impiden desarrollar actividades propias de su edad.

1.3. Por tanto solicita la práctica de un procedimiento quirúrgico denominado “Bariátrica Sleeve (Manga Gástrica) en atención con el diagnóstico del dr Jorge Daes D”.

2. Pretensión.

La accionante pide que sean amparados sus derechos y se ordene que el procedimiento quirúrgico solicitado se realice en la Clínica Bautista, puesto que esa entidad se ha especializado en este tipo de cirugías, igualmente solicita que después de la intervención se ordene el tratamiento pos operatorio que requiera.

3. Trámite procesal.

En mayo 7 de 2008, el Juzgado Veinte Civil Municipal de Barranquilla admitió la tutela y ordenó a Sanitas EPS que en el término de 48 horas se pronunciara sobre el motivo por el cual “no le han autorizado la cirugía BARIATRICA SLEVE O MANGA GASTRICA” a la actora ordenada por su médico tratante.

Así mismo, ofició al médico tratante de la demandante, para que en el término de un día informara al despacho “cuál es la patología que presenta la referenciada señora, cuál es su enfermedad, tratamiento a seguir y sus medicamentos, así como su estado de gravedad, y de no realizársele la cirugía BARIATRICA SLEVE O MANGA GÁSTRICA ordenado por Usted, estaría su integridad física en peligro y que ello es necesario para el normal desarrollo de su vida, así mismo indicar si es el único tratamiento a seguir o éste puede ser reemplazado por otro que cubre la EPS SANITAS”(f. 21 cd. inicial), de la misma manera la solicitó informar si reencontraba adscrito a la referida.

- Respuesta de la EPS Sanitas.

Mediante escrito de mayo 13 de 2008, el Gerente Regional de la EPS demandada solicitó que se declare improcedente la acción de tutela, anotando inicialmente que el médico tratante de la actora no se encuentra adscrito a dicha empresa promotora de salud.

Igualmente, indicó que para la realización del procedimiento solicitado “el usuario debe ser valorado por un grupo interdisciplinario de CIRUJANOS, FISIOTRAPEUTAS, PSICOLOGOS, PSIQUIATRAS, NUTRICIONISTAS, INTERNISTAS, CARDIOLOGOS, NEUMOLOGOS con el fin de determinar si el paciente es apto para este procedimiento, que técnica debe utilizarse, y si tiene la capacidad de adaptarse a los cambios de hábitos”.

En este sentido, indicó que la señora Zambrano, no fue valorada por un grupo interdisciplinario, y que únicamente anexó una valoración por cirugía general y psiquiatría, realizada por médicos que no se encuentran adscritos a esa EPS.

Afirmó que la cirugía bariátrica solicitada no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud y que la no autorización de su cubrimiento “se tomó con fundamento en la normatividad legal vigente”. De la misma manera, consideró necesario que el juez de instancia evalúe la supuesta vulneración del derecho reclamado, los beneficios del servicio que solicita y, la capacidad económica de la actora, a fin de confirmar su estado de necesidad e imposibilidad de pago.

- Respuesta del médico tratante.

En comunicación de mayo 9 de 2008, el doctor Jorge Daes informó al juez de tutela que la demandante “presenta Obesidad Grado II con un Índice de Masa Corporal de 35 asociado a afectación Psicosocial importante con estados depresivos relacionados con su obesidad y manejados por su psiquiatra. Desafortunadamente para este grado de obesidad el tratamiento médico falla a largo plazo en la mayoría de casos y hoy en día el único tratamiento efectivo a largo plazo es la cirugía bariátrica. En este caso la manga gástrica. Ninguna de las cirugías bariátricas hace parte del P.O.S. Actualmente soy cirujano Bariátrico vinculado a Colsánitas y bajo convenio con esta empresa opero

casos de Prepagada y E.P.S” (f. 25 cd. inicial).

4. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Veinte Civil Municipal de Barranquilla, en fallo de mayo 14 de 2008, no concedió la tutela, señalando que no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, relativos a la realización de procedimientos no incluidos en el POS, específicamente la vinculación del médico tratante a la entidad demandada.

Anota que “en caso de incertidumbre sobre las posiciones de las partes que resultan abiertamente opuestas y que impiden precisar la verdad material de la situación fáctica planteada, el juez de tutela no está facultado para privilegiar a priori una posición, puesto que en esos eventos dicha controversia debe ser debatida ante la misma entidad accionada, por cuanto en la contestación de la demanda se afirma que el médico JORGE DAES tratante de la accionante que le prescribió la cirugía Bariátrica no es adscrito a la EPS SANITAS S.A. (ver folio 29), muy a pesar que en la acción, la accionante afirma que se encuentra en listado de sus médicos” (f. 33 ib.).

5. Sentencia de segunda instancia.

La anterior decisión fue impugnada por parte de la demandante, quien adujo falta de análisis suficiente por parte del fallador de primera instancia. Este recurso fue decidido por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla mediante fallo de julio 7 de 2008, confirmándose la sentencia impugnada, por considerar que si bien es cierto el médico está vinculado a Colsanitas, no consta que éste se encuentre adscrito a la EPS Sanitas, entidad totalmente distinta a la que se encuentra afiliada la demandante.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte es competente para conocer esta demanda en Sala de Revisión, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Corresponde a esta Sala establecer si a la actora se le han vulnerando los derechos fundamentales a la salud y seguridad social en conexidad con la vida en condiciones dignas, al negarle el procedimiento de cirugía bariátrica que requiere.

Tercera. Breve justificación por cuanto las decisiones de instancia son compartidas por esta Sala de Revisión.

3.1. El artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, establece que las decisiones de revisión de la Corte Constitucional que no revoquen, modifiquen o unifiquen jurisprudencia podrán ser brevemente justificadas. Con fundamento en esta norma, en el presente caso la Sala hará una sucinta explicación de las razones que la llevan a confirmar las decisiones de instancia.

3.2. En muchos pronunciamientos¹ esta corporación ha hecho un análisis constitucional del problema que para pacientes con obesidad mórbida representa el hecho de que las entidades promotoras de salud a las que se encuentran afiliados les nieguen el procedimiento, por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud, cuando conforme a 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.

3.3. Igualmente, la Corte ha reiterado que cuando en el caso concreto, surja una indudable oposición entre las normas contempladas en el Plan Obligatorio de Salud y la Constitución, ante la necesidad de brindar el tratamiento o el diagnóstico requerido por una persona enferma, priman las normas superiores siempre y cuando se compruebe que :

“(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.”²

Por tanto, 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.

3.4. Precisamente, al referirse a la solicitud de una cirugía bariátrica la sentencia T-1022 de octubre 16 de 2008, con ponencia del Magistrado que ahora cumple igual función reiteró:

“Sin perjuicio de lo reseñado en los puntos anteriores, debe recordarse que la cirugía bariátrica no es un procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional³:

‘... en el artículo 62 de la Resolución No. 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 del 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 bariátrica, el cual es un procedimiento incluido en el POS, por lo que no existen razones constitucionales ni legales para que las Entidades Prestadores de Salud (EPS), se nieguen a autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS).’ (No está en negrilla en el texto original.)

Posteriormente se ha confirmado⁴:

‘... 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.)

Consecuencia de lo anterior es que, si en sede de tutela se reclama la autorización de la cirugía Byppas gástrico por 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’.”

3.5. No obstante lo anterior dada la complejidad del procedimiento médico que una cirugía como estas implica debe tenerse en cuenta “(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; y (ii) el consentimiento informado del paciente, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de las 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”.⁵

Quinta. Análisis del caso concreto.

En el presente asunto, la actora reclama la protección de sus derechos, afirmando que padece obesidad severa, razón por la cual también se encuentra afectada su salud emocional.

Las decisiones de instancia cuestionan si efectivamente la intervención quirúrgica que ella requiere fue ordenada o no por un médico adscrito a la entidad demandada, pese a que según la declaración dada por el galeno al juez de tutela visible a folio 25 dice: “soy cirujano Bariátrico vinculado a Colsanitas y bajo convenio con esta empresa opero casos de Prepagada y EPS”.

Sin embargo, el fallo va más allá y en aras de proteger la salud de la peticionaria el ad quem estimó como necesario someterla a una evaluación médica en la que se

determine cuál es el tratamiento más idóneo para su enfermedad.

La Corte comparte esta decisión en la medida que si bien existe “una recomendación” médica para realizar el procedimiento de cirugía bariátrica (f. 6 cd. inicial) no se vislumbra dentro del expediente que éste sea ordenado expresamente o que, efectivamente, se hallan agotado una serie de trámites que concluyan en su necesidad.

Como se sabe este tipo de cirugías se realiza, exclusivamente en aquellos pacientes con un índice de masa corporal mayor de 40 o con un índice superior a 35 que presentan enfermedades graves en relación con la obesidad (cardiopulmonar grave, diabetes mellitus, enfermedad articular potencialmente tratable o apnea del sueño).

Por tanto, la Sala no desconoce que el problema de salud mental de la demandante ya que en razón a la depresión por la que atraviesa amerita igual protección que la salud física antes señalada, sin embargo en esta ocasión escapa de la competencia del juez de tutela ordenar dicho procedimiento, más aún si se tiene en cuenta que en oficio de marzo 14 de 2008 al contestar una solicitud hecha por la actora, la EPS le ofrece “la opción de una evaluación médico científica por la Junta Médica de Cirugía Bariátrica” (f. 5 cd. inicial) y otras valoraciones tales como neumología, cardiología, medicina interna, valoración por nutrición y fotografías, entre otras, como medidas previas al procedimiento solicitado.

Es decir, a la actora no se le ha negado la atención médica requerida, simplemente se está analizando su situación en aras de proteger su principal derecho cual es la vida.

Así las cosas, en el caso bajo estudio las decisiones de instancia serán confirmadas y se mantendrá la prevención hecha a Sanitas EPS a fin de que valore la situación de salud de la joven Katherine Zambrano, con el fin de determinar si efectivamente la cirugía bariátrica solicitada mejoraría su salud emocional y su calidad de vida.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla en julio 7 de 2008, que denegó la acción de tutela interpuesta por la señora Katherine Walevska Zambrano.

Segundo: PREVENIR a Sanitas EPS a fin de que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, valore la situación de salud de la señora Katherine Zambrano, con el fin de determinar si efectivamente la cirugía bariátrica solicitada mejoraría su salud emocional y su calidad de vida.

Tercero: Por Secretaría General, líbrese la comunicación a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Magistrado

Ausente en comisión.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 T-867 de octubre 19 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-469 de junio 9 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto, T-384 de mayo 22 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-265 de abril 4 de 2006, M. P. Jaime Araujo Rentería, T-060 de febrero 2 de

2006 M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-027 de enero 26 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1272 de diciembre 6 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-1229 de noviembre 28 de 2005 M. P. Jaime Araujo Rentería, T-828 de agosto 10 de 2005, M. P. Humberto Sierra Porto y T-264 de marzo 26 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño entre otras.

2 “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.”

3 “T- 414 de abril 30 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.”

4 “T-586 de junio 12 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.”

5 C fr. T-725 de septiembre 13 de 2007, M. P. Catalina Botero Marino.