

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

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Procedencia para autorización de procedimiento de bypass gástrico por laparoscopia

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Orden de conformar grupo interdisciplinario para determinar el procedimiento a seguir para el tratamiento de la obesidad

Referencia: expediente T-1797663

Acción de tutela promovida por Javier Hernando Saa García contra COMFENALCO EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil ocho (2008).

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Santiago de Cali y por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santiago de Cali, que resolvieron la acción de tutela promovida por el señor Javier Hernando Saa García en contra de COMFENALCO EPS.

I. ANTECEDENTES

Hechos y acción de tutela interpuesta

El señor Javier Hernando Saa García interpuso acción de tutela en contra de COMFENALCO EPS, por considerar que con la negativa de practicarle la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia se vulneró su derecho a la salud en conexidad con la vida digna. La acción

interpuesta se fundamenta en los siguientes hechos:

1. El accionante señaló que se encuentra afiliado a COMFENALCO EPS, en calidad de beneficiario desde hace varios años.

2. El señor Javier Hernando Saa García manifestó que padece obesidad mórbida desde hace 5 años, lo que le ha ocasionado los siguientes padecimientos: “taquicardia, sufro de hipertensión, mantengo la presión muy alta, dolor de espalda, me es difícil caminar o subir gradas”. Así mismo, relató que se le han realizado tres cirugías para la extracción de quistes grasos.

3. El señor Saa García afirmó que a pesar de haberse sometido a varias dietas médicas no ha sido posible controlar su obesidad: “(...) he hecho dietas, he estado en gimnasios, he tomado toda clase de pastillas para adelgazar, como quemadores de grasa Hidroxicurt, L-carnitine y Ripped-fuez, también he tomado para adelgazar Sibutramina, Cafeto, también estuve en control con la nutricionista de Comfenalco”.

4. El accionante aclaró que ante la advertencia de los médicos de su EPS sobre la no inclusión de la cirugía bariátrica en el Plan Obligatorio de Salud (POS), acudió a un médico particular, el doctor José Pablo Vélez, cirujano de la Clínica Valle de Lili, quien tiene convenios con COMFENALCO, entidad a la que se encuentra afiliado.

6. El accionante manifestó que COMFENALCO EPS se opone a practicarle la cirugía bariátrica por laparoscopia pues ésta no se encuentra incluida en el POS, como quedó establecido en el formato de negación de servicios de salud emitido por la entidad el 6 de agosto de 2007.

7. En virtud de lo expuesto, el señor Javier Hernando Saa García instauró acción de tutela en contra de COMFENALCO EPS pues considera que se viola su derecho a la salud en conexidad con la vida digna, y por tanto, solicita que se ordene a la entidad accionada autorizar la práctica de la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia con uso de Ligasure y Sutura Mecánica así como el tratamiento, servicios médicos y medicamentos que llegare a necesitar como consecuencia de la intervención quirúrgica.

8. El accionante aportó como pruebas copia de los siguientes documentos:

(i) cédula de ciudadanía;

(ii) copia del carné de afiliación a COMFENALCO EPS;

(iii) copia de la historia clínica realizada por el cirujano, doctor José Pablo Vélez, en la que se señala: “(...) Riesgo alto de enfermedad cardiovascular y muerte prematura por obesidad extrema. Requiere tratamiento quirúrgico de obesidad con cirugía bariátrica, debido a la falla de los tratamientos no quirúrgicos. Favor autorizar BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA. Autorizar el uso de Ligasure y Sutura Mecánica. Este procedimiento no es estético, tiene clara indicación médica. La obesidad mórbida es una enfermedad que pone en riesgo la vida del paciente”;

(iv) copia del formato de negación de servicios expedido por COMFENALCO EPS, en el que no se autoriza la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia por no estar incluido en el POS; y

(v) copia de su historia clínica emitida por COMFENALCO EPS, en la que figuran las cirugías por quistes grasos.

Respuesta de las entidades accionadas

9. La representante de COMFENALCO EPS informó que el señor Javier Hernando Saa García se encuentra afiliado, en calidad de beneficiario, al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo.

Adicionalmente, la apoderada de la entidad accionada señaló que el peticionario solicita que se le autorice la cirugía de BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA, la cual no se encuentra en el POS (Resolución 5261 de 1994). Al respecto, explicó que aunque la jurisprudencia constitucional había establecido requisitos para prestar servicios médicos no contemplados en el POS, el caso del señor Saa García no cumplía con dichos requisitos. Esto, porque, de una parte, el médico que prescribió la cirugía no se encuentra adscrito a la EPS, y de otra, porque en el POS existen unas alternativas terapéuticas: Bypass gástrico por vía abierta o manejo interdisciplinario no quirúrgico de la obesidad.

En tal sentido, alegó la representante de la EPS que la Resolución 5261 de 1994 contempla dos tipos de procedimientos quirúrgicos abdominales de derivación gástrica que pueden ser practicados al accionante¹. Asimismo, advirtió que el tratamiento de la obesidad puede

llevarse a cabo mediante el manejo multidisciplinario con el objeto de mejorar el comportamiento y los hábitos de vida, principalmente, frente al plan alimentario, la actividad física y la ingesta de medicamentos, entre otros. Además, agregó que este manejo debe adelantarse por varios especialistas entre ellos cirujano general, psiquiatra, nutricionista y fisiatra.

Al respecto, la apoderada de la entidad señaló que: "(...) se recomienda al paciente volver a consultar, reintegrarse al programa de obesidad y riesgo cardiovascular que tiene implementado la EPS para sus afiliados, cumplir con las recomendaciones que se le imparten para poder hacer seguimiento y evaluar el cumplimiento de metas". De hecho, sugirió: "Existe en el Valle el Equipo Multidisciplinario para el tratamiento médico de la Obesidad quien valorara de nuevo a la (sic) paciente y definirá la alternativa a seguir"

En este orden de ideas, la representante de COMFENALCO EPS solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela toda vez que no se está vulnerando ningún derecho fundamental del accionante. En su criterio, la EPS representada ha actuado dentro de la legalidad al brindarle a su usuario todos los tratamientos, medicamentos, y demás prestaciones que le ofrece la cobertura del POS.

Finalmente, la apoderada de COMFENALCO EPS demandó que en caso de que no se acepten los argumentos que presentó y, por el contrario, se conceda el amparo, se le autorice a la entidad realizar la cirugía por vía abierta como está contemplada en el POS o en su defecto repetir contra el FOSYGA por los montos correspondientes a los tratamientos otorgados que no se encuentren dentro del POS.

La representante de COMFENALCO EPS adjuntó como prueba certificación emitida por la Jefa de Conformación y mantenimiento de la Red de COMFENALCO en la que consta que entre dicha entidad y el doctor JUAN PABLO VELEZ no existe contrato de prestación de servicios para la atención de usuarios del Plan Obligatorio de Salud.

10. La Secretaría de Salud Departamental solicita que se le exonere de la atención en salud requerida por el señor Javier Hernando Saa García comoquiera que éste se encuentra como beneficiario dentro del régimen contributivo, y por tanto, la prestación de servicios médicos le corresponde a la EPS.

Decisión de primera instancia

11. El Juzgado Séptimo Penal Municipal de Santiago de Cali, mediante providencia de 29 de agosto de 2007, decidió negar el amparo solicitado. A juicio del fallador en el caso del señor Javier Hernando Saa García no se cumplían dos requisitos de los previstos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para otorgar servicios médicos no incluidos en el POS, a saber: (i) la cirugía de BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA no fue ordenada por un médico adscrito a la EPS y (ii) de acuerdo con COMFENALCO EPS existe una alternativa terapéutica en el POS que no ha sido agotada por el accionante.

Adicionalmente, el juez consideró que el accionante había asistido de forma irregular a la EPS, y por tanto, su comportamiento no había contribuido a mejorar su estado de salud.

Impugnación

12. El accionante manifestó que no se ha rehusado a ser tratado por la nutricionista de la EPS ya que él siempre ha atendido las indicaciones de la accionada. Así mismo, reafirmó que en su condición de estudiante carece de los recursos económicos para sufragar el costo de la intervención quirúrgica.

Además, insistió en que el médico que le prescribió la intervención quirúrgica sí tiene convenio con la EPS. En consecuencia, consideró que con la negativa de la práctica de la cirugía se están vulnerando sus derechos a la salud en conexidad con la vida digna pues su estado de salud se está deteriorando paulatinamente.

Decisión de segunda instancia

13. El Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santiago de Cali, mediante providencia de 1º de octubre de 2007, decidió confirmar la sentencia de primera instancia. El juez reconoce la patología de obesidad mórbida que padece el accionante así como las consecuencias nocivas que ha tenido para su salud pero considera que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para ordenar servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud toda vez que al señor Saa se le suministraron varias alternativas para el tratamiento de su enfermedad sin que él mismo demostrara interés en participar en ellas. Además el fallador indicó que el médico que prescribió la cirugía no se encuentra adscrito a la EPS accionada.

Actuación en sede de revisión

14. Con el propósito de contar con mayores elementos de juicio al momento de adoptar la decisión correspondiente, esta Corporación ordenó, el 26 de febrero de 2008, oficiar a COMFENALCO EPS, Valle del Cauca, con el objeto que informara sobre los siguientes aspectos:

1. En qué consiste el diagnóstico de obesidad y cuáles son los efectos sobre la vida digna, la vida biológica, la capacidad funcional, la integridad personal o el normal desempeño del señor Javier Hernando Saa García.

2. Si actualmente Javier Hernando Saa García se encuentra recibiendo tratamiento médico para la obesidad. En caso afirmativo se informara en qué consiste el tratamiento.

3. Se especificara qué exámenes de diagnóstico, tratamiento y medicamentos requiere Javier Hernando Saa García para la obesidad que padece, precisando cuáles de ellos se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

4. Cuál es el Ingreso Base de Cotización de la persona que tiene como beneficiario al señor Javier Hernando Saa García.

5. Certificara si el médico José Pablo Vélez se encuentra adscrito a la EPS.

6. Cuál es el costo aproximado de la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia.

15. Mediante comunicación de 22 de febrero de 2008, radicada en esta Corporación el pasado 29 de febrero, el representante de COMFENALCO EPS reiteró las consideraciones sobre las alternativas terapéuticas que existen en el POS, en particular, el manejo multidisciplinario de la obesidad mórbida.

16. El apoderado de COMFENALCO EPS, a través de escrito de 5 de marzo de 2008, respondió los interrogantes planteados por la Corte Constitucional mediante auto de 26 de febrero de la siguiente forma:

“1. (...)

La OBESIDAD es una Enfermedad crónica debida a un desequilibrio entre la ingesta calórica y

el gasto energético, que conlleva a un exceso de grasa corporal que puede ser generalizado o localizado. De acuerdo con las evoluciones y hallazgos clínicos reportados en las evoluciones de la Historia Clínica de SIMED, los efectos sobre la vida, capacidad funcional y el normal desempeño del paciente en mención, se pueden definir de acuerdo con sus patologías anexas, según DX anotados: HTA PRIMARIA (no ha requerido aún Tratamiento Farmacológico) + OBESIDAD MÓRBIDA POR MALOS HÁBITOS + TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN ASOCIADOS + TAQUICARDIA (con Electrocardiograma Normal), actualmente controladas. Para ello se encuentra en Tratamiento Médico con Fluoxetina: Tab. 20 mg/día + Metoprolol: Tab. 50 mg/día y Controles con PSIQUIATRIA (Tiene último Control con éste especialista autorizado en Feb. 19/08). Cabe anotar que en última evolución clínica por MEDICO GENERAL de la SEDE NORTE de COMFENALCO VALLE EPS, del día de ayer (Marzo 4/08), describen disminución de 23.45Kg. de Peso en 6 y medio meses y Tensión Arterial Normal, sin ningún otro hallazgo adicional.

2. (...)

3. (...)

Los Exámenes de Laboratorio y las Ayudas Diagnósticas requeridas se solicitan de acuerdo al riesgo de la enfermedad cardiovascular individual y la detección de comorbilidad (patologías asociadas) que evidencie el Médico Tratante en sus Valoraciones y Controles.

Durante los años 2.006, 2.007 y 2.008 al paciente se le han realizado varios exámenes de Laboratorio, que se encuentran incluidos en el PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS), entre ellos Hemoglobina - Hematocrito, Glicemia, Colesterol, Triglicéridos, Colesterol HDL, LDL, Nitrógeno Uréico, Creatinina, TSH, Parcial de Orina y otros.

Además para el MANEJO de la OBESIDAD, se efectúa un TRATAMIENTO NO FARMACOLÓGICO realizado por el EQUIPO INTERDISCIPLINARIO del PROGRAMA DE CONTROL DE LA OBESIDAD, que incluye MÉDICO DEL PROGRAMA, PSICOLOGIA, TRABAJO SOCIAL, NUTRICIÓN, ACONDICIONAMIENTO FÍSICO (con el soporte de la familia) y las demás Especialidades que se requieran de acuerdo a las patologías asociadas que se evidencien dentro del mismo Programa, lo cual se encuentra incluido dentro del POS.

Para tal efecto, se debe asistir regularmente a dicho Programa, durante un período mínimo

de 2 años, con valoraciones periódicas de su adherencia al Programa y evolución.

4. (...)

El salario base de cotización del señor HERNANDO SAA BECERRA, quien es el cotizante beneficiario es de \$831.000.00.

5. (...)

El médico José Pablo Vélez no es médico adscrito de la EPS, el afiliado JAVIER HERNANDO SAA GARCIA asistió a su consultorio sin remisión de la EPS y lo hizo de manera particular.

6. (...)

El costo de la cirugía asciende a \$14.000.000 Aproximadamente.”

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

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

Problema jurídico

2. Corresponde a esta Sala determinar si la negativa de COMFENALCO EPS de practicar el Bypass gástrico por laparoscopia al señor Javier Hernando Saa García, vulnera el derecho a la salud en conexidad con la vida digna del accionante, teniendo en cuenta los requisitos que ha establecido la jurisprudencia constitucional para el otorgamiento de servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Reiteración de jurisprudencia². Garantía de la efectividad de los derechos a la salud y a la vida en el problema de salud pública de la obesidad mórbida.

3. Ya la Corte Constitucional en múltiples oportunidades³ se ha visto obligada a hacer un

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

4. Así en la Sentencia T-384 de 20064, la Sala conoció un caso en el que según la accionante se violaron sus derechos fundamentales a la vida, a la salud e integridad física ante la negativa de la EPS Seguro Social de autorizar y practicar la cirugía bariátrica que le fue ordenada para contrarrestar la Obesidad Mórbida G3, la cual ha sido causante de muchas otras dolencias colaterales, como problemas de columna, ahogo nocturno y dolor en la cintura y pies que comprometen de manera importante las funciones vitales de la actora.

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

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

5. De igual manera, en la Sentencia T-060 de 20065, la Corte conoció el caso de una persona a quien fue prescrito el procedimiento de Bypass Gástrico por Laparoscopia para tratar la obesidad mórbida grado II que padecía, puesto que los tratamientos médicos a que había sido sometida con anterioridad (como por ejemplo la colocación de balón intragástrico) no le habían generado mayores beneficios, además le generaron otras patologías como

“hipertensión arterial, disnea de medianos esfuerzos, apnea de sueño, varices de miembros inferiores, dolor lumbar, artralgias de rodillas y cadera bilateral”, que han causado un serio deterioro en sus condiciones de vida, lo que hacía necesario adoptar otras medidas terapéuticas (cirugías), que posibilitaran abandonar la situación de riesgo en la que se encontraba y que vulneraba su derecho fundamental a una vida digna, pudiendo generarle un perjuicio irremediable. La accionante advirtió no tener los medios económicos para asumir su costo, dado que el sueldo que percibía escasamente le alcanza para la manutención de sus dos hijos.

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

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

6. En la Sentencia T-1229 de 20056, la Corte tuteló los derechos a la vida en condiciones dignas y a la salud en conexidad con la vida en un caso en que la accionante era candidata a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico, procedimiento frente al cual debía recibir oportunamente la información médica necesaria para que ésta diera su consentimiento en relación con los efectos que dicho procedimiento quirúrgico generaría respecto de las

patologías que sufría debido a la obesidad mórbida, indicándole en todos los eventos los beneficios, y los riesgos que dicho procedimiento le podría acarrear vista la especificidad de las dolencias que padecía.

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

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

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

Luego de verificar el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte para constatar si era posible inaplicarlas por inconstitucionales, en el caso concreto, el

fundamento legal y reglamentario en que se apoyaba la negativa de la entidad tutelada, concluyó que el fallo de instancia debía revocarse y en su lugar conceder el amparo solicitado. En dicha providencia precisó la Sala “que no por el simple hecho de resultar procedente el amparo constitucional debe accederse a lo estrictamente solicitado por el accionante, puesto que es el juez de tutela, conforme se indicó, es quien debe fijar el alcance de la orden de protección a efectos de garantizar materialmente la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados.”

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

Además añadió “que en la providencia objeto de revisión, el juez de tutela advirtió con base en la declaración del especialista tratante y del médico forense la necesidad de que previamente a la realización de la cirugía, la paciente fuera valorada por un equipo multidisciplinario a efectos de que se establecieran los riesgos y beneficios de la cirugía bariátrica solicitada, así como la normalización de las demás patologías que requiere la señora Roa Sánchez. A pesar de lo anterior, optó por negar el amparo y “prevenir” a la E.P.S. accionada para que realizara varias actuaciones que perfectamente pudieron constituir la orden de protección.

Por lo anterior, la sala ordenó a SaludCoop E.P.S. que programe una valoración por un equipo multidisciplinario compuesto por los especialistas adscritos a su red de servicios, que indique el Dr. Hernán Yupanqui (especialista tratante) a efectos de que se establezca el tratamiento a seguir en el caso de la señora Glaris María Roa Sánchez y en consecuencia, se le practiquen todos los procedimientos e intervenciones que requiera, incluyendo la cirugía bariátrica, si ello es lo que concluye el equipo médico. De igual manera, se le debe brindar la atención integral que requiera dicha señora para el mejoramiento de su calidad de vida.

8. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia T-639 de 20077, en la que la Corte reiteró que la negativa de las EPS de practicar la cirugía bariátrica a personas que padecen obesidad mórbida y cumplen con los requisitos jurisprudenciales para la concesión de

servicios médicos no contemplados en el POS, vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud. En estos casos, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos, precisados por la sentencia T-725/078: “(...)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 procedimiento⁹; y (ii) el “consentimiento informado del paciente”¹⁰, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo.”.

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

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

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

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

(iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitándole el tratamiento.¹¹

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

10. Finalmente, la Corte Constitucional ha reconocido la facultad que le asiste a las EPS de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, por el costo de los medicamentos o tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud¹².

Estudio del caso concreto

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

En esa medida, es preciso analizar la situación del señor Javier Hernando Saa García, a quien los médicos adscritos a la EPS le han diagnosticado obesidad mórbida en distintas oportunidades, pero sin realizarle una prescripción médica de la cirugía. Por el contrario, de acuerdo con el escrito allegado por la EPS en sede de revisión, el manejo interdisciplinario de la enfermedad del accionante le ha permitido en los últimos seis meses bajar 23.45 kg.

Al respecto, el accionante afirmó que acudió a un médico particular ante la negativa de los médicos de la EPS de prescribir la cirugía bariátrica por laparoscopia como el procedimiento que considera adecuado para el tratamiento de su patología.

En este contexto, es preciso recordar las consecuencias que la obesidad mórbida ha producido en el accionante entre las cuales se destacan: taquicardia, hipertensión, dolor de espalda y dificultad para desplazarse, así como la práctica de tres cirugías para la extracción

de quistes grasos.

Bajo tales circunstancias, considera la Corte que el accionante debe ser evaluado por un grupo interdisciplinario de médicos con el propósito de establecer cuál es el tratamiento que debe seguirse con el señor Javier Hernando Saa García. En particular, dicho grupo deberá evaluar si la cirugía bariátrica por laparoscopia es una alternativa terapéutica que le permitirá a la paciente reestablecer su estado de salud. De ser así, la EPS deberá practicar la cirugía siempre que se cuente con el consentimiento informado del señor Saa García en los términos que se establecerán más adelante. Igualmente, se deberán valorar los resultados del tratamiento alternativo que le ha permitido bajar de peso al accionante.

Por consiguiente, la Corte advierte que es necesario continuar con el estudio de los demás requisitos jurisprudenciales para que en el evento que se confirme la necesidad de la cirugía sea posible su realización como un procedimiento no contemplado en el POS.

12. Frente al segundo requisito, relacionado con la imposibilidad de sustituir el medicamento o tratamiento por otro que esté contemplado en el POS y tenga la misma efectividad, es necesario resaltar que la representante de COMFENALCO EPS alegó que el procedimiento ordenado tiene una alternativa terapéutica dentro del POS.

Al respecto, la Corte debe aclarar que, como lo ha reconocido en la jurisprudencia expuesta, la cirugía bariátrica por laparoscopia no se encuentra incluida en el POS. El procedimiento mencionado por la EPS está en el POS pero no se realiza por laparoscopia, y en esa medida, no se constituye una alternativa terapéutica que sustituya la intervención que eventualmente requeriría el accionante.

En cuanto, a la alternativa terapéutica del manejo de la obesidad por un grupo multidisciplinario, la EPS destaca el hecho de que el accionante hubiera bajado 23.45 kilos en seis meses. En este contexto, la Corte reitera que es imperiosa la valoración interdisciplinaria del accionante con el propósito de definir el tratamiento adecuado para el restablecimiento del estado de salud del señor Saa García.

13. En lo relacionado con el tercer requisito, consistente en la carencia de recursos económicos del afectado para sufragar el medicamento o tratamiento prescrito, en el presente caso el accionante afirmó que carece de los recursos económicos para sufragar el

valor de la intervención quirúrgica. Al respecto, la EPS certificó que el ingreso base de cotización del señor Hernando Saa Becerra, quien tiene como beneficiario al accionante es de \$839.000.

En cuanto al costo de la cirugía, en el informe rendido por COMFENALCO EPS, en sede de revisión, se observa que el valor de la cirugía de Bypass Gástrico por laparoscopia asciende a catorce millones de pesos aproximadamente.

En consecuencia, encuentra la Corte que el señor Saa García no tendría la capacidad económica para asumir el costo de la intervención quirúrgica si la llegare a requerir. Por consiguiente, es preciso concluir que la accionante no cuenta con los recursos para acceder a la cirugía bariátrica por laparoscopia.

14. Finalmente, frente al último requisito sobre la vinculación del médico tratante a la entidad promotora de salud, como se mencionó, se hace necesario la valoración de un grupo interdisciplinario de médicos de la EPS con el propósito de contar con un concepto médico apropiado.

15. En este orden de ideas, la Corte ordenará a COMFENALCO EPS que conforme un grupo interdisciplinario de médicos para que evalúen el caso del señor Javier Hernando Saa García a fin de determinar el procedimiento a seguir para el tratamiento de la obesidad mórbida que padece. En el evento en que el concepto incluya practicar la cirugía bariátrica por laparoscopia se deberá informar al accionante para que preste su consentimiento. Una vez obtenido el consentimiento informado del paciente, la entidad promotora de salud deberá autorizar la práctica del procedimiento de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Santiago de Cali y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santiago de Cali, que resolvieron la acción

de tutela promovida por el señor Javier Hernando Saa García en contra de COMFENALCO EPS, y en consecuencia, tutelar su derecho fundamental a la salud y a la vida digna.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de COMFENALCO EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, conforme un grupo interdisciplinario de médicos para que evalúen el caso del señor Javier Hernando Saa García a fin de determinar el procedimiento a seguir para el tratamiento de la obesidad mórbida que padece. En el evento en que el concepto incluya practicar la cirugía bariátrica por laparoscopia se deberá informar al accionante para que preste su consentimiento. Una vez obtenido el consentimiento informado del paciente, la entidad promotora de salud dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica del procedimiento el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

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

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

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

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Resolución 5261 de 1994. Artículo 62. Anastomosis del estómago; incluye gastroduodenostomía, gastroyeyunostomía o Anastomosis del estómago en Y de Roux.

2 Cfr. Sentencia T-408 de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. En donde este Despacho estudió casos de personas que padecían obesidad mórbida y requerían la cirugía bariátrica. En esa oportunidad, la Corte verificó el cumplimiento de los cuatro requisitos para el suministro de servicios médicos no contemplados en el POS, y en consecuencia, ordenó la práctica de la intervención quirúrgica de Bypass Gástrico por Laparoscopia del accionante, quien padecía obesidad mórbida. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias T-1049 de 2007 y T-112 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

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

4 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

5 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

6 M.P. Jaime Araujo Rentería.

7 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 MP: Catalina Botero Marino

9 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.

10 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.

11 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.

12 En sentencia T-202 de 2007, se concluyó lo siguiente: “Así las cosas, cuando se le impone a las EPS asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema. Esta razón fue la que motivó que la jurisprudencia constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social”.