

Sentencia T-736/10

(Septiembre 13, Bogotá DC)

DERECHO A LA SALUD-Caso en que médico particular ordenó práctica de cirugía bypass gástrico por laparoscopia pero EPS niega autorización por que la paciente no ha sido valorada por un grupo multidisciplinario

DERECHO A LA SALUD Y DERECHO AL DIAGNOSTICO-EPS está obligada a autorizar cirugía bariátrica cuando tiene conocimiento del concepto medico externo pero no lo desecha con base en información científica emitida por personal médico adscrito a la entidad

DERECHO A LA SALUD-Doctrina constitucional sobre cubrimiento de gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes por las EPS

DERECHO A LA SALUD Y CIRUGIA BARIATRICA O BYPASS GASTRICO POR EPS-Procede práctica de intervención quirúrgica de conformidad con las prescripciones e indicaciones del grupo interdisciplinario de especialistas de la EPS

Referencia: Expediente T-2.659.442.

Accionante: Sindy Patricia Ledezma Tapia.

Accionado: Nueva EPS.

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó – Sala Única – del 19 de marzo de 2010, que revocó la sentencia del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, del 26 de febrero de 2010.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela.

1. Elementos de la demanda¹.

- Derechos fundamentales invocados: salud y vida digna.
- Conducta que causa la vulneración: negativa de la EPS demandada de autorizar la práctica de la cirugía denominada “bypass gástrico por laparoscopia”, solicitada por la accionante.
- Pretensión: ordenar a la Nueva EPS autorice: i) la práctica del “bypass gástrico por laparoscopia”, ii) los procedimientos y medicamentos dependientes del tratamiento y; iii) los pasajes aéreos a la ciudad donde le realicen la cirugía tanto para ella como para un acompañante.

1. Fundamentos de la pretensión:

1. La señorita Sindy Patricia Ledezma Tapia de 25 años de edad² es afiliada cotizante de la Nueva EPS seccional Quibdó³ y recibe atención en la IPS primaria Caprecom Clínica Quibdó.

2. En el mes de octubre de 2009, el Dr. Julio Cesar Coutin R., fisiatra de la IPS Caprecom, le diagnosticó a la accionante obesidad mórbida y le ordenó “cita cirugía bariátrica”. Posteriormente, el médico Harold E. Hoyos, igualmente médico de la IPS, le dictaminó obesidad tipo III y le recomendó “bajar de peso por medios quirúrgicos (cirugía bariátrica)”⁴.

1. El 05 de noviembre de 2009, la Dr. Luz Amparo Jaimes, quién labora en la IPS Caprecom,

dictaminó que la paciente Sindy Patricia era “apta para Qx Bariátrica” y ordenó continuar “apoyo psicológico pre y post quirúrgico.”⁵

1. El 09 de noviembre de 2009, el médico cirujano Carlos Lopera, no adscrito a la EPS, le ratificó el diagnóstico de obesidad mórbida y realizó las siguientes observaciones “Paciente posiblemente candidato a Bypass Gástrico por laparoscopia. Explico de manera clara y precisa el tipo de cirugía y los posibles riesgos y complicaciones. La obesidad deteriora la calidad y expectativa de vida de manera importante. La cirugía bariátrica es actualmente la única opción segura y efectiva para el tratamiento de la misma.” Posteriormente, el 21 de enero de 2010, ordenó la práctica de la “cirugía bariátrica: gástrica por laparoscopia.”⁶

1. El 14 de enero de 2010, el médico internista Dr. Ophny Prens ordenó la práctica de estudios necesarios para la realización de la cirugía bariátrica requerida por la accionante para tratar su obesidad⁷. El 18 de febrero del mismo año éste doctor le recomendó a la señorita Ledezma manejo quirúrgico de su obesidad por ser la solución a gran parte de sus problemas de salud⁸.

1. El 15 de enero de 2010, el médico particular Alejandro D. Velásquez, endocrinólogo, remitió a la Nueva EPS un concepto médico acerca del estado de salud de la señorita Ledezma Tapias indicando: “con un peso de 118 kilos y una talla de 1.72 mts, presenta un IMC de: 40.65%, la cual la hace una candidata muy óptima para corrección de cirugía bariátrica. Con un índice tan alto como este los tratamientos convencionales son de poca utilidad y es necesario hacer una corrección inmediata del peso, para evitar las consecuencias conocidas de la obesidad.”⁹

1. El 26 de enero de 2010, la nutricionista Nicida Abadía Mosquera anotó en la historia clínica de la accionante: “se sugiere la cirugía bariátrica (Bypass Gástrico).¹⁰”

1. El 15 de febrero de 2010, el Dr. Alejandro Velásquez envió a la Nueva EPS otra comunicación de la cual sobresale la siguiente información: “se remite a manejo quirúrgico por: síndrome metabólico de difícil manejo, por hipertensión secundaria a resistencia a la insulina, por un índice corporal por encima de 37% y con el agravante de poca respuesta a tratamiento convencional por apnea de sueño y cambios en la estructura ósea. Es prioritario proceder a un manejo quirúrgico, por las alteraciones respiratorias, apnea de sueño, por la hipertensión, por disminución en la capacidad pulmonar, deterioro de rotula y alteración de su estado metabólico.”¹¹

1. La historia clínica de la accionante fue remitida a un comité científico del nivel central donde le informaron verbalmente que habían decidido no practicar el procedimiento porque no había sido justificado suficientemente¹².

1. El procedimiento tiene un valor aproximado de \$18.000.000 costo que no está en condiciones de asumir la accionante¹³.

1. Respuesta de la Nueva EPS¹⁴.

El señor Cesar A. Arroyave Zuluaga en calidad de Coordinador Jurídico Regional Nor Occidental de la Nueva EPS solicitó declarar improcedente la acción de tutela por los siguientes motivos:

1. Hasta el momento no existe una negación del procedimiento Bypass Gástrico, puesto que el Comité Técnico Científico el 29 de enero de 2010, emitió respuesta especificándole a la accionante que debía ampliar la justificación. Aún le hace falta ser evaluada por un grupo multidisciplinario¹⁵, pues las únicas valoraciones anexadas son de cirujano bariátrico y

radiólogo los cuales no tienen nada que ver con este procedimiento.

1. La usuaria tiene un índice de masa corporal de 36, según historia clínica que anexa, está en obesidad tipo II, no es quirúrgico y en cambio puede ingresar al programa de obesidad para manejo multidisciplinario. Una vez valorado el paciente por el grupo multidisciplinario, la Nueva EPS presentará el caso al Grupo de Obesidad conformado para la evaluación, discusión, definición de mejores opciones terapéuticas, definición del manejo de los factores de riesgo y de las comorbilidades¹⁶, a partir de la cual se definen todas las acciones requeridas para el manejo integral de la paciente.

1. Con relación al pago de tiquetes aéreos, no es procedente acceder a esta pretensión teniendo en cuenta que la tutelante cuenta con sustento económico, puesto que tiene un salario mensual de \$1.817.000¹⁷ y de ella no depende económicamente nadie, al ser soltera y no tener hijos.

1. Con relación al tratamiento integral, el artículo 162 del Plan Obligatorio de Salud y el literal c del artículo 156 *ibídem*, contempla que éste es válido respecto del cubrimiento de los servicios de salud que se encuentren expresamente incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Éste debe estar limitado a los servicios requeridos por el paciente, siempre y cuando estén relacionados con la patología que padece.

1. Decisión de tutela objeto de revisión: fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, del 19 de marzo de 2010.

1. Primera instancia¹⁸: Sentencia del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, del 26 de febrero de 2010.

Concedió el amparo. Consideró que “[C]omo quiera que se trata de un procedimiento que está incluido en el POS y que la entidad accionada al conocer del diagnóstico del médico tratante que no pertenece a dicha EPS no sometió a la accionante a los exámenes requeridos a fin de que los médicos adscritos a la misma, corroboraran el diagnóstico dado a Sindy Ledezma, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional, el Despacho concederá el amparo tutelar solicitado (...)”

Acorde a lo anterior, ordenó a la Nueva EPS autorizar a la accionante la realización de la cirugía de “bypass gástrico”, junto con los procedimientos y demás tratamientos conexos con la enfermedad padecida, incluyendo el desplazamiento requerido.

1. Argumentó la Nueva EPS que no es responsable ordenar la práctica de la cirugía solicitada por la accionante sin que previamente a la misma, la paciente sea valorada por un grupo multidisciplinario, toda vez que el procedimiento tiene un grado muy alto de complejidad, para ser ordenada sin soporte médico¹⁹.

1. Sindy Patricia Ledezma Tapia alegó que el motivo por el cual se vio en la obligación de acudir a un médico particular fue por la pasividad asumida por su EPS con relación a su caso.

1. Segunda instancia²⁰: sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, del 19 de marzo de 2010.

Revocó el fallo de primera instancia. Consideró que si bien está probado que la accionante tiene una obesidad mórbida, no aparece en el expediente orden del especialista adscrito a la EPS a la que se halla afiliada la reclamante ordenando la práctica de la cirugía bariátrica, razón por la cual el juez de tutela no puede ordenar de entrada su realización, sino está previamente dispuesto por un profesional adscrito a la EPS.

I. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del veintisiete de mayo de 2010 de la Sala de Selección de Tutela Número Cinco de la Corte Constitucional.

1. Problemas jurídicos.

¿Se vulneran los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una paciente a quien un médico particular le ordenó la práctica de la cirugía denominada “bypass gástrico por laparoscopia”, y la EPS se negó a realizarla argumentando que previamente a autorizar el procedimiento debe ser valorada por un grupo multidisciplinario, pero pasados 8 meses²¹ no han realizado dicha evaluación?

Para resolver la cuestión planteada estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre la línea jurisprudencial de la Corte relacionada con el problema de salud pública de obesidad mórbida y la autorización de la cirugía bariátrica, sumando esto a las reiteraciones sobre el derecho al diagnóstico.

Teniendo en cuenta que la accionante solicitó ordenar a la EPS el cubrimiento de pasajes aéreos para ella y para un acompañante con ocasión de la práctica de la cirugía, la Sala también reiterará jurisprudencia al respecto. Seguidamente resolverá el caso concreto.

1. Autorización por parte de las Entidades Promotoras de Salud de la cirugía bariátrica - “bypass gástrico”- y derecho al diagnóstico.

Respecto al problema de la obesidad mórbida, que es una dolencia que puede dar lugar a la cirugía bariátrica (“bypass gástrico”), esta Corporación²² ha analizado las dificultades que representa esta patología para la salud y calidad de vida de una persona. Por esta razón, la Corte²³ ha arribado a la conclusión de que con la negativa de la Empresa Promotora de Salud de autorizar esa clase de cirugías, no sólo se está permitiendo que con el tiempo se prolonguen los padecimientos colaterales o que pueda empeorar el cuadro clínico de las personas que la sufren, sino que se agrave su estado de salud por las comorbilidades que indudablemente repercutirán en su calidad de vida.

En la sentencia T-414 de 2008 con ocasión del estudio sobre la problemática de salud pública en relación con la obesidad mórbida y su tratamiento a través de la cirugía bariátrica en su especialidad de “bypass gástrico”, la Corte sostuvo que dichos procedimientos deben entenderse como incluidos dentro del POS.

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

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

“La resolución 5261 de 1994, que establece las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, no expresa taxativamente el procedimiento utilizando la expresión inglesa de By-pass gástrico pero sí estableció en su ARTICULO 62 las intervenciones quirúrgicas abdominales que como técnicas quirúrgicas se utilizan para realizar la derivación de estomago, como son: i) Anastomosis del estómago; incluye gatroduodenostomía con el código 07630. ii) Anastomosis del estómago en Y de Roux Código 07631.

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

En consecuencia, si en sede de tutela se reclama la autorización de la cirugía “bypass gástrico” (cirugía bariátrica), ante la negativa de las Entidades Promotoras de Salud de realizarlo, el juez de tutela debe ordenar su práctica con cargo total a la Entidad Promotora de Salud accionada, sin la posibilidad de repetir contra el Fondo Nacional de Solidaridad - FOSYGA-, por estar dicho procedimiento quirúrgico incluido en el Plan Obligatorio de Salud²⁴.

Para el caso particular de la cirugía bariátrica (bypass gástrico etc.), dada la peligrosidad de este procedimiento²⁵, se debe obtener el “consentimiento informado del paciente”²⁶, así como una valoración técnica realizada al paciente “candidato” de la cirugía, por parte de “un grupo multidisciplinario de médicos”, que debe realizarse antes de la emisión de la orden médica en el que se le prescriba dicho procedimiento²⁷.

Ahora bien, con relación al derecho a un diagnóstico médico oportuno, la Corte²⁸ ha sostenido que éste constituye una parte esencial de los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal²⁹ y en tal medida las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud que niegan a sus afiliados la posibilidad de ser diagnosticados por un médico adscrito a la entidad, ponen en grave peligro los derechos fundamentales anotados, pues se dilata injustificadamente la determinación de la enfermedad, y por tanto, la iniciación del tratamiento médico necesario para la recuperación o mejoramiento del estado de salud del afiliado.

Para la Corte el derecho al diagnóstico médico está fundamentado en dos razones: (i) el deber que tienen las entidades responsables de prestar servicios de salud de determinar el estado de salud de sus usuarios, con base en el principio de calidad en la prestación del servicio de salud³⁰; y, (ii) garantizar el cumplimiento del requisito jurisprudencial relativo a que las órdenes dadas en sede de tutela tengan un respaldo médico³¹.

Sobre la relevancia del diagnóstico dado por un médico no adscrito a la empresa promotora de salud accionada, la Corte ha afirmado que:

“El concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de

salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.³²

(...)

La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,³³ sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.³⁴ También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como 'médico tratante',³⁵ incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.³⁶

Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios.³⁷ En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo.³⁸ (...)

En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una

afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud.³⁹”

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

1. Caso concreto.

El juez de segunda instancia negó el amparo impetrado al estimar que si bien está probado que la accionante tiene una obesidad mórbida, no aparece en el expediente orden del especialista adscrito a la EPS a la que se halla afiliada la reclamante ordenando la práctica de la cirugía bariátrica, razón por la cual el juez de tutela no puede ordenar de entrada su realización, sino está previamente dispuesto por un profesional adscrito a la EPS.

Esta Corporación ha concedido tutelas relacionadas con el “bypass gástrico” u otras modalidades de cirugía bariátrica, en el entendido de que tales tratamientos contribuyen a mejorar la calidad de vida de las personas que padecen obesidad mórbida. Así mismo, como quedó expuesto en las consideraciones generales de la presente providencia, la cirugía de “bypass gástrico” sí es un procedimiento que se encuentra incluido en el POS y, por ende, es obligación de las entidades prestadoras de salud practicarlo, sin que tenga por ello derecho a solicitar el recobro de su valor ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA).

De la lectura del material probatorio, aparece acreditado que la accionante acudió a un médico especialista quien efectuada la evaluación respectiva dictaminó que la señorita Sindy Patricia Ledezma Tapia es una paciente de 25 años, con cuadro de obesidad mórbida por más de 12 años⁴⁴, con un peso de 118 kilos y una talla de 1.72 mts, para un índice de Masa Corporal de 40.65%. Según el concepto médico emitido, “se remite a manejo quirúrgico por: síndrome metabólico de difícil manejo, por hipertensión secundaria a resistencia a la insulina, por un índice corporal por encima de 37% y con el agravante de poca respuesta a

tratamiento convencional por apnea de sueño y cambios en la estructura ósea. Es prioritario proceder a un manejo quirúrgico, por las alteraciones respiratorias, apnea de sueño, por la hipertensión, por disminución en la capacidad pulmonar, deterioro de rotula y alteración de su estado metabólico.”⁴⁵

A lo anterior se suman los conceptos médicos de los galenos adscritos a la EPS quienes en varias oportunidades sugirieron o recomendaron a la accionante la realización de la cirugía solicitada en sede de tutela.

Ahora bien, dado que en el presente caso no fue un médico tratante de la entidad demandada quien ordenó la práctica de la cirugía, en principio la acción de tutela no estaría llamada a la prosperidad. Sin embargo, como se indicó antes, una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en relación con la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso al servicio. Por tal motivo, se reitera en la presente providencia la jurisprudencia constitucional, que ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una entidad de salud cuando la EPS no los excluye de una manera suficientemente razonada, es decir, cuando la EPS tiene conocimiento del concepto de médico externo y se opone o retarda la realización de una valoración adecuada del usuario.

En el caso, la accionante puso en conocimiento de la Nueva EPS los conceptos de los médicos tratantes adscritos a la EPS, así como la orden médica suscrita por el galeno particular. Recibiendo como respuesta que debía ampliar la justificación de la práctica de la cirugía, puesto que no había sido valorada por un grupo multidisciplinario.

Esta Sala considera que la prescripción emitida por el médico externo resulta vinculante para la Nueva EPS, debido a que esta entidad no evaluó la situación de la paciente, ni le asignó un médico que tuviera los conocimientos especializados para éste tipo de patologías, así como tampoco le ordenó una cita con el grupo multidisciplinario ni con el grupo de obesidad de la entidad. Dado que la accionada ha retardado la realización de una valoración adecuada a la usuaria, está obligada a impartir la autorización del tratamiento requerido, no obstante que la orden de la cirugía provenga de un médico no adscrito.

Con todo, la EPS alegó que la cirugía aún no había sido negada, dado que antes de tomar una decisión era necesario acudir al grupo multidisciplinario de la EPS. Sin embargo, pasados más de 8 meses⁴⁶ desde la presentación ante la entidad del dictamen médico del galeno particular y de las sugerencias emitidas por médicos adscritos a la EPS relacionadas con la urgencia que amerita la práctica del procedimiento “by pass gástrico” en la paciente Sindy Patricia, a la fecha no se ha adoptado tal decisión, por lo que la Sala llega a la conclusión que para el caso, no hay una valoración adecuada del usuario por parte de la EPS, pues ésta no ha sometido a consideración del personal médico que sí está adscrito a la entidad en comento, la situación de la aquí demandante.

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

1. Doctrina constitucional sobre el cubrimiento de los gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes, por las EPS.

En principio, los costos asociados al traslado de personas para la realización de tratamientos médicos, están a cargo del usuario o usuaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud o de sus familiares más cercanos, en virtud del principio de solidaridad. Con todo, jurisprudencia de esta Corporación ha ordenado en numerosas ocasiones que las EPS asuman los gastos de transporte y manutención para hacer efectivos los tratamientos

médicos de los pacientes, siempre que se acredite su imposibilidad de asumir dicho costo, con fundamento en el deber de garantizar el derecho al acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud por las empresas promotoras de salud y el principio de acceso efectivo del afiliado al Sistema General de Seguridad Social⁴⁷. Así, el juez constitucional cuenta con la potestad de ordenar, con cargo a las EPS o al Estado, el traslado del paciente al lugar donde debe recibir el tratamiento, y así poner fin a la vulneración continuada del derecho fundamental⁴⁸.

La Corte Constitucional ha establecido los requisitos que deben cumplirse para que las EPS, o el Estado, asuman los costos de los gastos de transporte que eventualmente se generen para un paciente, así:

“(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona;

(ii) que el paciente y sus familiares cercanos no cuenten con los recursos económicos para atenderlos y;

(iii) que de no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del afectado”⁴⁹.

Desde la perspectiva constitucional es posible que el servicio de transporte que deba prestarse a un paciente, en las condiciones requeridas y con los requisitos descritos, llegue a darse en la ciudad de domicilio del mismo: en determinadas circunstancias, ello se garantizaría la realización concreta del principio de accesibilidad física al servicio de salud, que ha sido previsto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General Número 14)⁵⁰.

1. Caso concreto.

La accionante solicitó en la demanda de tutela ordenar a la EPS accionada el pago de pasajes aéreos de ella y de una acompañante con ocasión de la realización de la cirugía “bypass gástrico”. Por lo que la Sala evaluará si es viable o no otorgar dicha pretensión acorde con los presupuestos jurisprudenciales.

Uno de los requisitos expuestos en la consideración, es el relacionado con la capacidad económica del paciente. Acorde con el material probatorio, se logró demostrar que la accionante recibe un salario mensual de \$1.817.00052 y que nadie depende económicamente de ella, al ser soltera y no tener hijos. Además ella tampoco hizo mención de su imposibilidad de costear dichos pasajes. Por lo que no vislumbra la Sala la falta de recursos económicos para sufragar, de requerirse, los pasajes aéreos solicitados por vía de tutela.

1. Razón de la decisión.

En la sentencia T-414 de 2008, esta Corporación arribó a la conclusión de que la cirugía de “bypass gástrico”, para la reducción de peso y masa corporal, necesaria para tratar la patología de obesidad mórbida, está incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud, bajo una denominación diferente⁵³. En ese orden de ideas, señaló que las Entidades Promotoras de Salud deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica, en los pacientes con obesidad mórbida que así lo requieran, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- i. La efectiva valoración técnica, que debe hacerse por un grupo multidisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de practicar el procedimiento;
- ii. El “consentimiento informado del paciente”, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencia médica de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo;
- iii. Lo anterior, respetando el derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.

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

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó - Sala Única - del 19 de marzo de 2010, y en consecuencia, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora Sindy Patricia Ledezma Tapia.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de la Nueva EPS, que previamente a la realización de la intervención quirúrgica de “bypass gástrico por laparoscopia” que le fue prescrita a la señora Sindy Patricia Ledezma Tapia, la someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas, que dictaminen la viabilidad y necesidad del aludido procedimiento, verificado lo cual le suministre la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de “bypass gástrico por laparoscopia”, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente la EPS dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica de la intervención quirúrgica, la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, si ello fuere lo conveniente, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del grupo multidisciplinario de especialistas de la EPS.

De igual manera, la entidad accionada debe brindar la atención integral que requiera la señora Sindy Patricia Ledezma Tapia 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.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La demanda fue interpuesta el 12 de febrero de 2010, ver folios 1 al 27 del cuaderno 1.

2 La cédula reposa en el folio 10 del cuaderno 1.

3 El carné de afiliación reposa en el folio 1 del cuaderno 1.

4 Ver folio 12 del cuaderno 1.

5 Ver folio 13 del cuaderno 1.

6 Ver folio 7 del cuaderno 1.

7 Ver folio 16 del cuaderno 1.

8 Ver folio 6 del cuaderno 2.

9 Ver folio 24 del cuaderno 1.

10 Ver folios 25 y 26 del cuaderno 1.

11 Ver folio 2 del cuaderno 1.

12 Afirmación realizada por la accionante en la acción de tutela, ver folio 4 del cuaderno 1.

13 Afirmación realizada por la accionante en la acción de tutela, ver folio 4 del cuaderno 1.

15 Adicionalmente esta escrito que “La EPS no niega su disposición a llevar a cabo tratamientos para la enfermedad que padece y para ello pone a su disposición todo el equipo médico y nutricional para seguir tratamientos alternos la cirugía bariátrica que requieren del compromiso de la paciente.”

16 Son las enfermedades asociadas a una enfermedad de base, que puede coexistir y que pueden empeorar el control, evolución y pronóstico del paciente.

17 Información sustraída de la base de datos de la EPS.

18 Ver folios 51 al 61 del cuaderno 1.

19 Ver folios 64 al 80.

20 Ver folios 10 al 22 del cuaderno 1.

21 Tiempo calculado desde el 29 de enero de 2010, fecha en cual la Nueva EPS le solicitó a la accionante ampliar la justificación de la práctica de la cirugía. Ver folios 10 al 69 del cuaderno 1.

22 Ver sentencias T-867/06, T-469/06, T-384/06, T-265/06, T-060/06, T-027/06, T-1272/05, T-1229/05, entre otras.

23 En la sentencia T-384 de 2006 la Corte, afirmó que la obesidad mórbida, “es una enfermedad crónica y progresiva, vinculada a numerosas enfermedades crónicas asociadas, que llevan a una prematura incapacidad y mortalidad”. De igual manera explicó que, en la mayoría de los casos relacionados con esa dolencia “se ha demostrado que las terapias convencionales, es decir, dietas, drogas antiobesidad y el ejercicio físico, son ineficaces en los obesos mórbidos”, por lo que la cirugía bariátrica, – como procedimiento quirúrgico que

consiste “en reducir, mediante distintas técnicas (principalmente la gastroplastia, el by pass gástrico y la banda ajustable) la capacidad del estómago”-, contribuye a mejorar la calidad de vida de estas personas y aumentar su expectativa de vida.

24 Lo anterior fue reiterado posteriormente en la sentencia T-586 de 2008 donde se dijo: “... el procedimiento consistente en la realización del Bypass gástrico para la reducción de peso y masa corporal, ocasionado por la enfermedad de obesidad mórbida, está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, bajo una denominación distinta. En ese orden de ideas, las Entidades Promotoras de Salud deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariátrica, en los pacientes con obesidad mórbida que así lo requieran, siempre que el médico tratante y un grupo multidisciplinario de médicos así lo dictaminen y, el paciente dé su consentimiento informado.

Consecuencia de lo anterior es que, si en sede de tutela se reclama la autorización de la cirugía Bypass 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”. Posición reiterada en las sentencias T-163/09 y T-363/09

25 Sentencia T-1229/05.

26 Requisito que ya había introducido la sentencia T-1229/05.

27 En la sentencia T-264/03, 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”. 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-1229/05.

28 En la Sentencia T-055 de 2009, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre “la orden médica” al analizar el caso de una menor de 14 años que requería de una cirugía de bypass gástrico por laparoscopia para tratar la obesidad mórbida que padecía y donde no se cumplía con el requisito de que el diagnóstico médico debe ser efectuado por el personal adscrito a la entidad accionada, pues dicho procedimiento había sido formulado por un médico particular. En dicha providencia se le concedió el amparo.

29 Al respecto, se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias: T-1083/06, T-887/06, T-343/04, T-364/03, T-178/03, T-775/02, T-849/01 y T-366/92.

30 Respecto de la primera razón, en la sentencia T-1080 de 2008, la Corte señaló: “Forma parte del principio de calidad en la prestación del servicio de salud, la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica. Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.”

31 Sobre el particular, en la sentencia T-1080 de 2008, este Tribunal explicó: “Dicha regla busca de un lado, satisfacer el principio según el cual todo aquello que un juez ordene en materia de reconocimiento de prestaciones en salud, debe estar respaldado por la orden de un médico, lo cual se mantiene independientemente de que el médico labore o no en una

determinada empresa. De otro lado, resulta lógico que las mencionadas empresas busquen reconocer aquellas prestaciones que sus médicos adscritos prescriben; pues las órdenes médicas, tal como se explicó, implican un procedimiento previo de seguimiento y análisis científico del estado de salud de las personas, lo que a su vez, se presume, es labor de estas empresas frente a sus afiliados. Aunque, ello no puede implicar que se anule la posibilidad de que el paciente, por ejemplo, acceda a “segundas” opiniones médicas de su condición de salud. Y, en dicho sentido, se puede afirmar que del procedimiento y seguimiento que precede la orden del médico tratante, forma parte también la controversia médica que se pueda suscitar en relación con la condición de salud del paciente y la manera de tratarla. Lo que, tendrá como conclusión, por supuesto, aquello que redunde en un mayor beneficio para el paciente. En el mismo sentido, no se puede entonces afirmar, que lo anterior corresponda a una vulneración de la exigencia general de que las prestaciones en salud, a las que tiene derecho una persona, deben ser prescritas por el médico tratante. Por el contrario, se puede concluir que, aceptar que la valoración del médico tratante puede ser complementada o controvertida, realiza de mejor manera aquel principio que procura que los pacientes obtengan del servicio de salud aquello que más los beneficie.” En igual sentido, se pueden consultar las sentencias T-398 y T-324 de 2008.

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

33 Recientemente, en la sentencia T-083/08 la Corte resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), “que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.”.

34 Al respecto ver las sentencias T-304/05, T-835/05 y T-1041/05.

35 En la sentencia T-1138/05 se decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

36 En la sentencia T-662/06 la Corte ordenó a una entidad de medicina prepagada autorizar el servicio de salud (implante coclear) ordenado por un médico no adscrito a su entidad (Colmédica Medicina Prepagada), entre otras razones, porque una autorización previa por parte de la entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado.” En este caso la Corte tuvo especial atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima.

37 En las sentencias T-1138/05 y T-662/06, por ejemplo, la Corte consideró que la órdenes impartidas por los médicos debían ser acatadas, así no estuvieran adscritos ‘formalmente’ a la entidad acusada, por cuanto ya habían sido tratados como médicos tratantes o hacían parte de su red de contratistas. Se tuvo en cuenta que se trataba de profesionales de la salud reconocidos, que hacían parte del Sistema y habían tratado al paciente al que le habían dado la orden, es decir, conocían su caso.

38 En la sentencia T-151/08, siguiendo lo dispuesto en sentencias tales como la T-835/05, se consideró lo siguiente: “el examen diagnóstico prescrito por el especialista en nefrología pediátrica [al menor], es requerido para determinar el origen de su afección y proporcionar el tratamiento adecuado para ésta, pues los medicamentos y exámenes realizados hasta el momento se han mostrado ineficaces para revelar cuál es la situación específica de salud del niño. [...] Además, la intervención del médico externo al Instituto de Seguro Social fue posterior a que los médicos adscritos a la entidad hubieran atendido, sin resultados satisfactorios al menor. Igualmente, el padre del menor presentó ante el ISS el concepto del médico externo, con el fin de que un médico adscrito lo valorara, pero no recibió ninguna respuesta. [...] Por esta razón, la negativa de la EPS a ordenar la práctica del examen,

fundada en que el médico que lo ordenó no se encuentra adscrito a dicha entidad, es violatoria de los derechos fundamentales del menor.” El juez de instancia había negado la solicitud de tutela porque la orden médica la había impartido un médico que no estaba adscrito a la EPS acusada.

39 En muchos casos la jurisprudencia ha garantizado el acceso a un examen diagnóstico. Entre otras, ver las sentencias T-862/99, T-960/01, T-273/02, T-232/04, T-871/04, T-762/05, T-887/06 y T-940/06.

40 La demanda fue interpuesta el 12 de febrero de 2010, ver folios 1 al 27 del cuaderno 1.

41 Ver folio 12 del cuaderno 1.

42 Ver folios 6 y 16 del cuaderno 1.

43 Ver folios 25 y 26 del cuaderno 1.

44 En el folio 9 del cuaderno 1 se encuentra dictamen médico el cual indica: “paciente quien consulta por cuadro de obesidad de más de 12 años de evolución.”

45 Ver folio 2 del cuaderno 1.

46 Tiempo calculado desde el 29 de enero de 2010, fecha en cual la Nueva EPS le solicitó a la accionante ampliar la justificación de la práctica de la cirugía. Ver folios 10 al 69 del cuaderno 1.

47 T-1158 de 2001, en este fallo la Corte amparó el derecho fundamental a la salud de un menor discapacitado, a través de la orden a la entidad promotora de salud para que dispusiera del servicio de ambulancia, a fin de efectuar los traslados del niño a sesiones de fisioterapia.

48 T-493 de 2006.

49 En la sentencia T-364 de 2005, la Corte sostuvo: “Existen situaciones en que la entidad prestadora se niega a suministrar los medios para que el paciente acceda al tratamiento, del cual depende la recuperación de su estado de salud y, a la vez, se comprueba de forma objetiva que tanto el usuario como su familia carecen de los recursos económicos suficientes

para sufragar el costo del transporte. En estas circunstancias se abre la posibilidad que sea el Estado quien financie el traslado, bien por sí mismo o a través de las entidades que prestan el servicio público de atención en salud, ya que, de no garantizarse el traslado del paciente se vulnerarían sus derechos fundamentales al privarlo, en la práctica, de los procedimientos requeridos, cuando de estos depende la conservación de su integridad física y el mantenimiento de la vida en condiciones dignas. // En virtud de lo anterior esa responsabilidad es trasladada a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos donde se acredite que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.

50 Sentencia T-212 de 2008.

51 Al respecto esta Corporación ha indicado que “[l]a autorización del pago del transporte del acompañante resulta procedente cuando (i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado” T-197 de 2003.

52 Información sustraída de la base de datos de la EPS.

53 En dicho fallo la Sala de Revisión aclaró: “Sin embargo, en cada caso concreto, será el médico tratante y el grupo multidisciplinario los que determinen el tratamiento, medicamentos y procedimientos indicados e cada paciente para el manejo de su obesidad, con su respectivo consentimiento informado y respeto del derecho al diagnóstico como ya se señaló.

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