

Sentencia T-740A-09

DERECHO A LA SALUD-Acceso a servicios de salud que se requieran estén incluidos o no dentro del POS

DERECHO A LA SALUD-Cirugía bariátrica está contemplada dentro del plan obligatorio de salud

LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE CIRUGIA DE BY PASS GASTRICO POR OBESIDAD MORBIDA

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para la cirugía de By pass Gástrico por obesidad mórbida excluida del POS

Referencia: expediente T-2301066

Acción de tutela instaurada por Narlyn Cárdenas Córdoba, contra Caprecom ARS.

Procedencia: Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Cali.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de octubre 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 proferido por el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por Narlyn Cárdenas Córdoba, contra Caprecom ARS.

El asunto llegó a esta Corte por remisión que hizo el mencionado despacho, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991; el 9 de julio de 2009, la Sala N° 7 de Selección lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

Narlyn Cárdenas Córdoba, promovió acción de tutela en abril 21 de 2009, aduciendo vulneración al derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

La actora indicó, en un formato de acción de tutela con escasa información, que Caprecom ARS “me negó la cirugía que se llama bariátrica obesidad mórbida”, que pide le sea autorizada a la brevedad posible.

B. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente.

1. Remisión de pacientes del Hospital Departamental de Buenaventura de marzo 10 de 2009, referida a Narlyn Cárdenas Córdoba, con impresión diagnóstica “obesidad mórbida + HTA”; se anotó como causa básica de la remisión “valoración y manejo por cirugía bariátrica” (f. 2 cd. inicial).

2. Formato de negación de servicios de salud y/o medicamento suscrito en marzo 18 de 2009, proveniente de Caprecom ARS del Valle del Cauca, donde en fundamento de la no autorización del servicio solicitado se cita el “Acuerdo 306” y la “Resolución 5261” (f. 3 ib.).

C. Respuesta de Caprecom ARS.

El Director Territorial (Valle del Cauca) de dicha ARS, indicó en mayo 7 de 2009 que la señora Narlyn Cárdenas Córdoba se encuentra afiliada “a nuestra promotora de salud EPS del Régimen Subsidiado” desde abril 1° de 2004, “con subsidio total en el Municipio de Buenaventura”. Refirió además que con cargo a dicha afiliación se le ha brindado la atención médica necesaria incluida en el POS-S, para atender las dolencias que ha presentado.

Por otra parte, afirmó que Caprecom ARS “no ha vulnerado el derecho a la vida, seguridad social de la accionante, pues revisado nuestro sistema y archivo no ha venido a solicitar la Orden del Servicio requerido (CIRUGÍA BARIÁTRICA), el cual no se encuentra

incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud (POSS)", expidiéndosele formato de Subsidio a la Oferta para la Secretaría de Salud Departamental.

Agregó que "llama la atención que la accionante no realizó la gestión pertinente ante la Secretaría de Salud Departamental del Valle ya que cuando la realizan, en la orden, tiene un Stiker y ésta no la tiene y le expiden un oficio para el Hospital Universitario del Valle del Cauca", ya que con ellos tienen los contratos para los eventos no POS-S (fs. 18 a 35 ib).

D. Contestación de la Secretaría Departamental de Salud.

En mayo 7 de 2009, indicó por intermedio de un Profesional Especializado que "la paciente requiere por su enfermedad de cirugía bariátrica, pero antes de la realización debe ser sometida a valoración con múltiples profesionales de la salud, para conocer si es o no apta para este procedimiento". Aclaró que "si bien es una obligación del Ente Territorial asumir la cobertura de servicios de salud, no debemos olvidar que por vía de tutela se ha considerado que las Entidades del Régimen Subsidiado y las Empresas Promotoras de Salud asuman tales obligaciones y repitan contra el Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga".

Afirmó que "no se justifica que el usuario tenga que padecer todas las demoras y trámites administrativos cuando Caprecom EPS, desde un principio pudo asumir la totalidad de la atención y realizar el recobro ante el Fosyga sin que para ello medie acción de tutela" (fs. 41 a 42 ib).

E. Sentencia única de instancia.

Mediante providencia de mayo 7 de 2009, que no fue recurrida, el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Cali negó el amparo de los derechos reclamados, al considerar que "ante la falta de claridad respecto de que la cirugía de bypass por laparoscopia, sea el medio idóneo para solucionar los problemas de salud de la accionante"; estimó "necesario que a la paciente se le someta a una nueva evaluación médica" en la que se determine cuál es el tratamiento idóneo para el control de su enfermedad, en cuanto "no hay certeza de que no exista peligro para la vida de la accionante si se ordena la cirugía sugerida por el médico de la IPS".

Concluyó que los supuestos establecidos por la jurisprudencia para ordenar un tratamiento por fuera del POS, no se encuentran satisfechos y, por ende, no pueden prosperar las pretensiones de la acción (f. 53 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

La Sala determinará si existe vulneración de los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas de Narlyn Cárdenas Córdoba, de 26 años, al negarle Caprecom ARS la autorización de la cirugía bariátrica, argumentando que no se encuentra contemplada en el POS.

Tercera. Acceso a los servicios de salud que se requieran, incluidos o no dentro del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho fundamental a la salud contempla, por lo menos, el acceso a los servicios indispensables para conservarla, en especial aquéllos cuya falta comprometa la vida digna y la integridad personal; tal acceso puede presentar especificidades a partir de si el servicio requerido está incluido en el respectivo Plan Obligatorio de Salud.

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el derecho que toda persona tiene a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro del POS, por lo cual no brindarle los medicamentos allí incluidos, o no permitir la realización de los procedimientos e intervenciones amparadas por el plan, constituye una vulneración flagrante al derecho a la salud¹, que reiteradamente ha sido considerado como fundamental.

De otra parte, teniendo en cuenta que, de acuerdo a la regulación vigente², corresponde al médico tratante solicitar la autorización de los servicios de salud no

incluidos dentro del plan obligatorio respectivo, es decir, la realización de un trámite al interior del Sistema de Salud, no se acepta jurisprudencialmente que, por ejemplo, se niegue el acceso porque el interesado no ha presentado solicitud ante el comité técnico de salud correspondiente.³

En la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se afirmó: "... 'las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad'.⁴ En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespetando su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio. Dentro del presente proceso la Defensoría manifestó que este es un obstáculo del cual se quejan frecuentemente los usuarios."

Ahora bien, no existe la obligación de autorizar de manera automática cada prescripción, así quien la suscriba sea el médico tratante. De tal forma, si se alude por ejemplo a un tratamiento estético, o a otro que no sea realmente indispensable para la salud y por ello esté razonablemente excluido del plan obligatorio respectivo, el correspondiente comité técnico científico podrá invocarlo para negar la solicitud y el juez de tutela habrá de hacer lo propio, respetando los precedentes constitucionales.

Cuarta. La cirugía bariátrica sí está incluida en el POS. Reiteración de jurisprudencia.

En la sentencia T-414 abril 30 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional clarificó que lo descrito en el artículo 62 de la Resolución N° 5261 de 1994, que hace referencia a las derivaciones en estómago, bajo código 07630, anastomosis de estómago, incluyendo gastroyeyunostomía y código 07631, anastomosis del estómago en Y de Roux, pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como "By pass gástrico para cirugía bariátrica", el cual está incluido en el POS, por lo que no existen razones constitucionales ni legales válidas para que las entidades encargadas de prestar el servicio de salud se nieguen a autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del plan obligatorio vigente.

Dicho criterio ha sido reiterado, denotando sin embargo que por el mero hecho de pertenecer al POS tal procedimiento, no puede entenderse que la cirugía ha de autorizarse

de inmediato, siendo que el peligro, complejidad y riesgo inherente a la misma varía en cada caso específico. Ante ello, se exige verificar los siguientes aspectos, en primer grado por las entidades que prestan el servicio y en segundo por los jueces de tutela para autorizar este tipo de procedimiento⁵:

“(i) La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento;

(iii) 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 de la cirugía que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, y

(iv) El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.”

Así mismo, es claro que las anteriores pautas no se excluyen entre sí y deberán ser constatadas en forma previa a la expedición de la orden del procedimiento, todo con el fin de garantizar la protección efectiva del derecho fundamental a la salud.

Quinta. El caso bajo estudio.

La señora Narlyn Cárdenas Córdoba presentó acción de tutela al considerar que Caprecom ARS vulnera sus derechos fundamentales, al negarle la cirugía bariátrica requerida para manejar la obesidad mórbida + HTA que presenta, porque supuestamente dicho procedimiento no se encuentra dentro del POS.

Ponderando los criterios para ordenar el servicio pedido y no autorizado, esta Sala encuentra que de no practicarse la cirugía bariátrica para reducir la obesidad de la actora, se vulnera su derecho a la salud, en la medida en que sea indispensable y única alternativa para mantenerla, habiéndola ordenado el médico tratante, que para el caso lo fue un especialista en tumores digestivos del Hospital Departamental de Buenaventura (f. 2 cd. inicial).

También reposa en el expediente (f. 3 ib.) el formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, en respuesta a la petición de la accionante para que se le autorizara

la cirugía bariátrica, limitándose a contestar, sin argumentación ni verificación por parte del comité técnico científico, que la cirugía no se encuentra dentro del plan obligatorio de salud.

Contrario a lo manifestado por la entidad accionada, la Sala advierte que los procedimientos descritos en el artículo 62 de la Resolución N° 5261 de 1994, referido a “derivaciones en estómago”, bajo el código 07630, anastomosis del estómago, incluyendo gastroyeyunostomía, y el código 07631, anastomosis del estómago en Y de Roux, pueden ser entendidos técnicamente como el genéricamente descrito como “by pass gástrico para cirugía bariátrica”, sí incluido en el POS. De tal manera, no existe razón constitucional ni legal que permita a la entidad encargada de prestar el servicio de salud negar tal autorización.

De otra parte, en la contestación de la presente acción, por intermedio del Director Territorial, Caprecom ARS en ningún momento negó la necesidad del procedimiento quirúrgico solicitado, manifestando en cambio que “revisado nuestro sistema y archivos la accionante no ha venido a solicitar la orden del servicio requerido (Cirugía Bariátrica) el cual no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud POSS. Por lo tanto Caprecom le expide Formato de Subsidio a la Oferta para la Secretaría de Salud Departamental del Valle”.

Como no hay prueba sobre la previa consulta de la paciente con el grupo interdisciplinario, en el cual también deben estar incluido médico general, internista, nutricionista y psicólogo, y en la línea jurisprudencial está claro que la selección de candidatos para el tratamiento quirúrgico de la obesidad necesita del consentimiento informado de la paciente, que sólo se puede obtener con la interrelación previa con el especialista y tales profesionales, será ese grupo científico el que analice el caso de Narlyn Cárdenas Córdoba y determine la viabilidad, efectividad y riesgos del procedimiento sugerido por el médico tratante.

Consecuentemente y en la medida que Caprecom ARS no agotó el estudio para la autorización del procedimiento ante el respectivo comité técnico científico, lo cual es de su cargo, esa falta no puede ser aducida para denegar el amparo del derecho fundamental a la salud de la actora y la procuración de una solución efectiva.

Frente al tema de la capacidad económica de la accionante, en el expediente (f. 4 cd. inicial) se encuentra el carné de Caprecom ARS, donde consta la afiliación al Sistema General en Seguridad Social en Salud, Régimen Subsidiado, "estrato socioeconómico 1", sin que obre refutación o prueba alguna que contradiga que la actora carece de medios para costear la cirugía bariátrica, cuyos posibles efectos estéticos positivos en nada le quitan su carácter primario de intervención necesaria para la recuperación del derecho fundamental a la salud.

En consecuencia, debe ser revocado el fallo proferido en mayo 7 de 2009 por el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Cali, que denegó el amparo solicitado. En su lugar, se concederá la protección a los derechos de Narlyn Cárdenas Córdoba a la salud y a la vida en condiciones dignas, y se ordenará a Caprecom ARS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si todavía no lo ha realizado, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia autorice la remisión de la paciente al grupo interdisciplinario, para que sea valorada y advertida de la naturaleza, características y consecuencias de la cirugía bariátrica y, si ella está de acuerdo y ese es el procedimiento médico quirúrgico apropiado, lo inicie en un término no mayor a un (1) mes, debiendo concluir en el menor lapso científicamente indicado, dando oportuno y cabal cumplimiento a la adicional atención integral que debe prestársele.

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: REVOCAR la sentencia proferida en mayo 7 de 2009 por el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Cali, que negó el amparo solicitado por Narlyn Cárdenas Córdoba, contra Caprecom ARS. En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos fundamentales de la actora a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Segundo: En consecuencia, ORDENAR a Caprecom ARS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si todavía no lo ha realizado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia

autorice la remisión de la paciente al grupo interdisciplinario respectivo, para que sea valorada y advertida de la naturaleza, características y consecuencias de la cirugía bariátrica y, si ella está de acuerdo y ese es el procedimiento médico quirúrgico apropiado, lo inicie en un término no mayor a un (1) mes, debiendo concluir en el menor lapso científicamente indicado, dando oportuno y cabal cumplimiento a la adicional atención integral que debe prestársele.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-736 de agosto 5 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

2 Artículo 4° de la Resolución 2933 de 2006.

3 T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

4 T-976 de septiembre 23 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 T-369 de mayo 26 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.