

Sentencia T-838-09

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

MEDICO TRATANTE-Criterios para el acceso a los servicios de salud en relación con las órdenes médicas impartidas

DERECHO A LA SALUD-Servicios de salud que se requieren, de acuerdo con el concepto del médico tratante

CIRUGIA DE BY PASS GASTRICO-Procedimiento que se encuentra incluido en el POS

ACCION DE TUTELA-Procedimiento quirúrgico Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con uso de Ligasure T Sutura Mecanica

Referencia: expediente T-244454

Acción de tutela interpuesta por Martha Lucía Marmolejo Montenegro contra Servicio Occidental de Salud S.O.S. EPS.

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luís Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Santiago de Cali, y por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, dentro de la Acción de Tutela instaurada por Martha Lucía Marmolejo Montenegro contra Servicio Occidental de Salud S.O.S. EPS.

La Acción de Tutela de la referencia fue escogida para revisión por la Sala de Selección Numero Ocho, mediante Auto proferido el 21 de Agosto de 2009.

I. ANTECEDENTES

Martha Lucía Marmolejo Montenegro interpone acción de tutela en contra de Servicio Occidental de Salud S.O.S. EPS., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, salud, y vida digna, por parte de la entidad mencionada, al negarle la práctica del procedimiento denominado Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con uso de Ligasure T Sutura Mecánica.

1. Hechos

1. Martha Lucía Marmolejo Montenegro, es una mujer de 41 años, diagnosticada con obesidad mórbida tipo II severa, con un índice de masa corporal de 35 kilogramos de peso; condición que no ha mejorado a pesar de que se ha sometido a infinidad de dietas vigiladas, procedimientos éstos que han resultado infructuosos en todos los casos. Afirmó que dicha condición pone en riesgo su vida, por los padecimientos asociados a su condición, como puede probarse con su historia clínica, razón por lo que acudió a un médico especialista en este tipo de padecimientos, el cual después de un estudio pormenorizado, determinó que dada su situación era necesario realizarle un procedimiento denominado Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con uso de Ligasure T Sutura Mecánica.¹

2. Afirmó finalmente, que su médico tratante especialista Doctor Rafael Arias, es médico adscrito a la Clínica Fundación Valle de Lili, institución con la que la EPS accionada tiene convenio y que con base en esto, puede afirmarse que dicho profesional es contratista de la entidad demandada.²

2. Demanda y solicitud

3. Respuesta de Servicio Occidental de Salud S.O.S. EPS.

3.1. La entidad accionada afirma que la accionante, en efecto es afiliada al régimen

contributivo del sistema general de seguridad social en salud a través de Servicio Occidental de Salud EPS S.O.S. Coincidió con la demandante, en que se trata de una paciente con obesidad tipo II asociado a apnea de sueño, dislipidemia, antecedente familiar de hipertensión arterial, lumbalgia, artralgia en las rodillas e imc 35kg/m².

3.2. Afirmó así mismo, que dicha paciente recibió manejo con nutrición y ejercicios sin resultados y fue valorada por un médico particular, doctor Rafael Arias, del servicio de obesidad y cirugía bariátrica de la Clínica Valle de Lili. Sostiene que Servicio Occidental de Salud EPS S.O.S cuenta con un programa de manejo de obesidad interdisciplinario, al que la accionante no ha recurrido y que de manera independiente acudió a un médico particular para ser valorada sin haber agotado dicho recurso ofrecido por la EPS.

3.3. Alegó, que la solicitud de la accionante fue recibida y estudiada por el Comité Técnico Científico de la EPS accionada y que el Comité mencionado decidió que la prescripción de la cirugía hecha por un médico ajeno a la Red de Servicios de la EPS, prueba que la accionante no agotó el mecanismo ofrecido por el POS, pues no se ha utilizado el programa de control de la obesidad y por consiguiente negó el servicio, pues no se cumplen los criterios expuestos por la Corte Constitucional para acceder a medicamentos o tratamientos excluidos por el POS. Con base en esto la EPS solicitó declarar improcedente la tutela.

4. Sentencias de Tutela que se revisan e Impugnación del Fallo de Primera Instancia

4.1. El 10 de marzo de 2009, el Juzgado Décimo Penal Municipal de Santiago de Cali inicia el trámite de la presente acción. Surtido el proceso, el 24 de Marzo de 2009 profirió sentencia y concedió la razón a la demandante amparando sus derechos a la vida y a la salud. Concluyó el Juez de Primera Instancia que no se pueden establecer trabas administrativas cuando se trata de proteger el Derecho a la Salud, con el argumento de que el médico que ordenó la práctica del procedimiento ya mencionado no pertenece a la red de servicios de la entidad a la cual se encuentra afiliada la accionante, por lo que en un caso como el presente, en el cual se le ha diagnosticado obesidad tipo 2 severa, se hace necesario el tratamiento especializado de su condición, configurándose ante la negativa de la EPS, una vulneración de sus derechos fundamentales.

4.2. Notificada la decisión, la parte demandada a través de su apoderado presentó en término impugnación de ésta. Alegó la EPS que no comparte las razones del fallo de Primera Instancia pues las razones de la entidad se soportan en normas de imperativo cumplimiento. Afirmó además que el fallo apelado, no es claro en la posibilidad de recobro al Fosyga e insistió en que no se cumplen en el caso, los criterios establecidos por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Reiteró su argumento sobre el médico tratante y aseguró que en estricto sentido no se ha presentado la negativa de ningún servicio, pues no se presentó la solicitud por un médico adscrito a la entidad. Solicita finalmente, declarar improcedente la tutela o en su defecto, autorizar a la entidad demandada el recobro del 100% del valor de los costos en que incurra la entidad por concepto de las atenciones no POS que requiera la accionante.

4.3. Admitido y tramitado el recurso, en Sentencia de Junio 3 de 2009, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santiago de Cali resuelve revocar el fallo de primera instancia. Consideró el despacho judicial, que no se ha presentado vulneración de los derechos de la accionante, teniendo en cuenta las reglas establecidas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el médico tratante y los medicamentos o tratamientos excluidos del POS. Afirmó que en el presente asunto, el tratamiento solicitado por medio de la acción de tutela fue ordenado por un médico particular sin que la accionante haya primero acudido al tratamiento alternativo ofrecido por su entidad prestadora de los servicios de salud, que le permitiera un manejo interdisciplinario de su condición, y un seguimiento previo de análisis científico de su estado de salud. Aclaró que sin embargo, el seguimiento y diagnóstico por parte de la EPS no podrá prolongarse indefinidamente y deberá en todo caso tenerse en cuenta la valoración del médico particular para ser sometida a consideración de los especialistas adscritos a la red de servicios de la EPS. Así mismo, ordena que la EPS demandada continúe con la atención que requiera la accionante por lo que deberá ser valorada por un especialista adscrito a la EPS, teniendo en cuenta las consideraciones del médico particular.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los

fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas Jurídicos

Considera la Sala que el problema planteado en el presente caso es el siguiente: ¿Vulnera los Derechos Fundamentales a la salud, a la vida y a la vida digna de una persona, una EPS, cuando se niega a practicar la Cirugía Bariátrica Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con uso de Ligasure T Sutura Mecánica requerida por la accionante y ordenada por un médico que la trata, con el argumento de que dicho procedimiento se encuentra excluido del POS, sin demostrar en términos técnicos y científicos dicha circunstancia, cuando conforme la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia específica, no es claro que dicho procedimiento en efecto se encuentre excluido del Plan Obligatorio de Salud?

Con el fin de desarrollar el problema jurídico planteado, la Sala referirá de manera general las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional en materia de derecho a la salud en los aspectos relacionados con el caso y se pronunciará de fondo.

3. Derecho Fundamental a la Salud. Orden de Médico Particular. Procedimientos médicos que no hacen parte del POS. Reiteración de Jurisprudencia

3.1. La Corte Constitucional ha establecido la relevancia del derecho a la salud y en varios de sus pronunciamientos ha manifestado su preocupación por la recurrencia con que los usuarios deben acudir a la acción de tutela, como único medio para alcanzar la garantía de sus derechos. En este sentido se ha referido en sus sentencias a las diversas dimensiones del derecho a la salud y a las circunstancias generales de vulneración de este derecho. Así, se ha pronunciado no sólo en relación, como se anotó, con la recurrencia judicial para garantizar su derecho, sino además con las causas por la que dicha recurrencia se presenta y ha impartido varias órdenes a fin de que el derecho a la salud sea efectivamente respetado y garantizado a todos los ciudadanos³. También de diversas maneras ha establecido el estatus jurídico de dicho derecho y consiguientemente lo ha protegido.

Ha considerado en este sentido la Corte que en efecto, el derecho a la salud es un derecho fundamental y que en tal sentido se relaciona de manera estrecha con la dignidad de la persona.⁴ Ahora bien, el hecho de que se establezca como criterio de fundamentabilidad de un derecho su relación con la dignidad de la persona, supone para el juez de tutela la observancia de criterios de interpretación establecidos por la Jurisprudencia de la Corporación.⁵ En el mismo sentido: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.- (...).”⁶ Por tanto, se vulnerará el derecho a la salud siempre que la EPS accionada, se niegue a prestar uno de los servicios, medicamentos o procedimientos establecidos en el POS, sin que sea necesario establecer si se ha vulnerado otro derecho fundamental y consiguientemente la tutela será procedente.⁷

Ahora bien, establecido el carácter fundamental del derecho a la salud, debe ahora la Sala examinar dos cuestiones adicionales, a saber, lo relacionado con las órdenes impartidas por un médico particular y los procedimientos médicos que no hacen parte del POS.

3.2. En relación con las órdenes médicas dadas por un profesional de la salud ajeno a la red de servicios de la entidad demandada, la Corte Constitucional ha establecido criterios para el acceso a dichos servicios. En principio, la Corte Constitucional ha establecido en sus pronunciamientos que el concepto médico relevante es el de aquel profesional adscrito a la red de la entidad encargada de la prestación del servicio “por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto”⁸.⁹ No obstante, ha admitido también que en ciertos casos, la opinión del médico ajeno a la red de servicios puede ser vinculante cuando: “(...) 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.¹⁰ Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. 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,¹¹ sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.¹² 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’,¹³ incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados”.¹⁴

De esta forma puede concluirse que el criterio principal para determinar la procedibilidad de un servicio médico es el criterio del médico tratante adscrito a la red de la EPS a la que pertenece la persona, pero dicho criterio aunque principal no es exclusivo, como se anotó.

3.3. En relación con los servicios de salud incluidos y no incluidos en el POS, la Corte Constitucional ha establecido un criterio simple, que sumado a los anteriores permite tener un escenario completo. Así pues, de la condición de fundamentabilidad del derecho a la salud, se deriva que las personas tienen derecho a que se les preste los servicios que requieran. Conforme la regulación establecida, dichos servicios pueden hacer parte o no del POS.¹⁵

Como ya se dijo en la presente Sentencia, las personas tienen derecho a que se les presten los servicios -requeridos- que hacen parte del POS y la negativa de la entidad supone una vulneración de su derecho fundamental. En relación con los servicios no incluidos dentro del citado esquema, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha depurado los criterios de acceso a estos servicios y ha dicho: “En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera

[que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]”.16

4. Cirugía Bariátrica- Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con uso de Ligasure T Sutura Mecánica.17

4.1. La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades en casos de obesidad mórbida y del tratamiento quirúrgico de esta condición, denominado genéricamente como cirugía bariátrica. En los distintos pronunciamientos, la Corte se ha ocupado de dos aspectos importantes que vale la pena tener en cuenta: en primer lugar, las condiciones de prestación de este servicio. (i) En este punto, se ha referido a las circunstancias específicas de los casos y los ha relacionado con las reglas jurisprudenciales establecidas en materia de derecho a la salud, como la procedencia del servicios en los casos en que la orden para el servicio es de un médico particular, o cuando no se han agotado las alternativas no quirúrgicas para el tratamiento de la condición, etc.,18 y se han establecido reglas para el amparo efectivo del derecho a la salud en estos casos. (ii) El segundo aspecto importante se relaciona con el establecimiento de la pertenencia o no de la cirugía bariátrica al POS.19

En relación con el primer aspecto, la Sala se remite al acápite anterior, encontrando que en los casos de cirugía bariátrica, la Corte Constitucional ya ha fijado una serie de presupuestos que deben ser tenidos en cuenta.20 Con base en estos presupuestos concluye la Sala que una entidad prestadora de los servicios de salud, deberá autorizar y consiguientemente ordenar la práctica de la cirugía bariátrica cuando se dan los siguientes presupuestos: “Ahora bien, sobre la base de la línea jurisprudencial que se acaba de exponer, se extrae que la Corte ha ordenado la autorización para procedimientos quirúrgicos relacionados con la obesidad mórbida genéricamente descritos como bariátricos en el entendido de que se trata de procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS-, para ello ha exigido el cumplimiento de dos clases de condiciones de (i) orden general y (ii) particular. Como generales ha aplicado las reglas sobre la procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios médicos no incluidos en el POS?, haciendo un especial énfasis en que la intervención quirúrgica no puede tener fines estéticos || Particularmente, por la complejidad y el riesgo inherente de la cirugía bariátrica ha verificado (i) la efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo

interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento;²¹ (ii) el “consentimiento informado del paciente”, 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,²² y (iii) el respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno²³”. A estos requisitos, la Sentencia T-369 de 2009 agregó el siguiente “(...) La cirugía no debe tener fines estéticos y se debieron agotar los métodos alternativos al procedimiento tales como (ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc.)(...)”.

4.2. Encuentra la Sala, que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la pertenencia de una de las modalidades de la Cirugía Bariátrica al POS, específicamente la denominada By Pass Gástrico. En efecto, la Sentencia T-418 de 2008, aclaró que dicho procedimiento sí se encuentra previsto en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que, por lo menos para el caso de esta modalidad de Cirugía Bariátrica, es claro que vulnera el derecho a la salud una EPS, cuando se niega su prestación con el argumento de que no se encuentra incluido en el POS.²⁴ No obstante, no existe la misma claridad en relación con otras modalidades de Cirugía Bariátrica como es el caso del procedimiento que ocupa a la Corte Constitucional en esta oportunidad. Analizar esto es importante, porque el argumento principal de la Entidad de Salud demandada en este caso, es que el procedimiento quirúrgico ordenado no hace parte del POS. De este argumento, deriva que su negativa se sustenta en que la accionante no se acogió al tratamiento no-quirúrgico de su condición, que sí hace parte del Plan Obligatorio de Salud.²⁵

Como ya se anotó, revisados los conceptos y la Jurisprudencia sobre el tema de la cirugía bariátrica,²⁶ es claro que de estos procedimientos está incluido dentro del POS el By Pass Gástrico. Sin embargo, esto no excluye prima facie que procedimientos médicos distintos al By Pass Gástrico -denominados genéricamente como cirugías bariátricas- orientados con el mismo objetivo de reducir el peso del paciente en casos de obesidad mórbida estén excluidos también del POS. Esto impone sobre la EPS encargada de prestar los servicios de salud, para el caso de la solicitud de un procedimiento de cirugía bariátrica como el Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con uso de Ligasure T Sutura Mecánica, la obligación de demostrar que dicha modalidad

de Cirugía Bariátrica no hace parte del POS. Así pues, no basta para la entidad demandada con afirmar que la modalidad de cirugía bariátrica anotada está por fuera del Plan Obligatorio de Salud y por consiguiente deberá establecer con base en argumentos técnicos y científicos, que dicho procedimiento se encuentra efectivamente excluido de dicho Plan.²⁷

En el presente caso, Servicio Occidental de Salud S.O.S. EPS, no explicó las razones por las cuales el servicio ordenado por el médico de la accionante no se encontraba dentro de los servicios contemplados en el POS. Sumado a eso, como pudo apreciarse, no hay prueba en el expediente de que el diagnóstico del médico de la señora Martha Lucía Maromolejo haya sido contradicho en términos técnicos como lo han establecido las reglas jurisprudenciales²⁸ y la entidad demandada se limitó a afirmar que el profesional de la salud que había dado la orden no se encontraba afiliado a su red de servicios.

5. Servicio Occidental de Salud EPS S.O.S vulneró el derecho fundamental a la Salud de la accionante, al haber negado el procedimiento ordenado por el médico que trata a la persona sin bases técnicas y científicas.

En Primera Instancia, el Juzgado Décimo Penal Municipal de Santiago de Cali, en sentencia de Marzo 24 de 2009, tuteló los derechos a la salud y a la vida de la señora Martha Lucía Marmolejo, sobre la base de considerar que la entidad demanda había vulnerado los citados derechos, al negarle el procedimiento denominado Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con Uso de Ligasure T Sutura Mecánica.

Impugnado el fallo con el argumento de que dicho procedimiento no había sido ordenado por un médico adscrito a la red de servicios de la EPS accionada, además de ser un procedimiento excluido del POS y de no haber agotado la alternativa ofrecida por la EPS para el manejo de la condición de la accionante, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, en Sentencia de Segunda Instancia, acoge los argumentos de la parte accionada y resuelve revocar el fallo del a-quo.

5.2. Reitera la Sala, que para el caso de la Cirugía Bariátrica, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones estableciendo reglas jurisprudenciales ya citadas que son tenidas en cuenta en el presente caso. Así pues, conforme lo expuesto, en

relación con la obligación para la EPS, en el caso de la Cirugía Bariátrica de demostrar en términos técnicos y científicos que dicho procedimiento no se encuentra incluido en el POS, la Sala concluye que, teniendo en cuenta lo expuesto, la EPS demandada sí violó los derechos invocados por la accionante al limitarse a negar el procedimiento Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con Uso de Ligasure T Sutura Mecánica, pues: (i) no consideró y demostró en términos técnicos y científicos, si dicho procedimiento está o no incluido dentro de las modalidades de cirugía bariátrica incluidas en el POS; (ii) por otra lado, si bien es cierto, la Entidad demandada alega que el servicio médico requerido fue prescrito por un médico ajeno a la Red de Servicios de la EPS, también lo es que la accionante sostuvo en su demanda que el médico que ha tratado su condición de obesidad mórbida además de ser especialista en la materia, se encuentra adscrito a una entidad con la que la EPS accionada tiene convenios,²⁹ afirmación que no fue desmentida por la Entidad como era su deber si quería que prosperara su argumento, más aún teniendo en cuenta que es ella misma quién tiene la plena capacidad, dado que posee toda la información disponible al respecto, por lo que las afirmaciones de la accionante deberán tenerse por ciertas, finalmente, (iii) la Entidad accionada no prueba que el concepto del médico especialista tratante haya sido controvertido en términos médicos científicos y se limita a anteponer una razón formal y un trámite administrativo para sustentar su negativa, sin que pruebe que han imperado razones médicas para ello.

En este sentido, se revocará el fallo de segunda Instancia y en su lugar, se ordenará a Servicio Occidental de Salud EPS S.O.S. que dentro de las 48 siguientes a la notificación de la presente Sentencia, determine sobre la base de los exámenes y pruebas diagnósticas que deban realizarse, la práctica del procedimiento quirúrgico denominado Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con Uso de Ligasure T Sutura Mecánica.

De requerirse prestaciones previas a la cirugía, a que hace referencia la entidad accionada en relación con las alternativas ofrecidas por la EPS e incluidas en el POS, deberá establecerse sobre bases médico-científicas, la necesidad de dicho procedimiento teniendo en cuenta la opinión del doctor Rafael Arias -médico tratante de la accionante-. Deberá así mismo, garantizarse las prestaciones posteriores requeridas a la práctica del procedimiento mencionado. Así mismo, deberá informarse a la señora Martha Lucía Marmolejo Montenegro, en términos simples y comprensibles, los

riesgos y posibles consecuencias médicas de los procedimientos a que sea sometida, con el fin de garantizar su derecho a manifestar su consentimiento sobre la base de la información disponible.

Finalmente, deberá la entidad accionada, estarse a lo dispuesto en las Sentencias T-414 de 2008, T-978 de 2008 y T-392 de 2009, con el objeto de garantizar la continuidad e integridad del derecho a la salud.

6. Decisión en relación con el recobro al Fosyga

Como lo anota el representante de la entidad demandada, es necesario pronunciarse con claridad en relación con la regla de recobro de los servicios, por parte de la EPS al Fosyga. En tal sentido, estima la Sala que, teniendo en cuenta las normas aplicables, las reglas jurisprudenciales que se han producido sobre el tema,³⁰

y conforme se ha establecido en el presente caso, no es claro que el procedimiento médico denominado Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con Uso de Ligasure T Sutura Mecánica, ordenado se encuentre excluido del POS, lo procedente es que Servicio Occidental de Salud EPS S.O.S, a fin de obtener el recobro ante el Fosyga, pruebe sobre bases técnicas y científicas que el citado procedimiento, en efecto no se encuentra incluido en el POS.

Si se prueba que el procedimiento, no hace parte del POS, Servicio Occidental de Salud EPS S.O.S., sólo podrá recobrar al Fosyga, el excedente del costo del procedimiento médico denominado Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con Uso de Ligasure T Sutura Mecánica, en relación con el By Pass Gástrico, que como se ha establecido en la presente sentencia, sí hace parte del POS y sólo si aquel tiene un mayor valor que éste. En cualquier caso, el porcentaje de recobro, dado que la orden para el procedimiento médico es por medio de acción de tutela, será del 50%.

7. Conclusión

Considera la Sala que cuando un servicio médico, no se encuentra claramente excluido del POS, y dicho procedimiento es ordenado por un médico ajeno a la red de Servicios de la entidad encargada de prestar el servicio, corresponde a la EPS, si se niega la prestación del

servicio, la obligación de evaluar y probar sobre bases técnicas científicas, (i) que el servicio médico en efecto no se encuentra dentro del POS, (ii) así como evaluar y contradecir en términos médicos y científicos la orden dada por el médico tratante ajeno a la red de servicios de la entidad demandada.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santiago de Cali, el tres de junio de 2009, mediante el cual negó la acción de tutela de la referencia, y en su lugar, TUTELAR los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de Martha Lucía Marmolejo Montenegro.

Segundo.- ORDENAR a la entidad SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS S.O.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, requiera a la señora Martha Lucía Marmolejo Montenegro, con el objeto de definir la práctica del procedimiento quirúrgico denominado Sleeve Gastrectomy por Laparoscopia con Uso de Ligasure T Sutura Mecánica, garantizando las prestaciones previas y posteriores a la práctica del citado procedimiento, a fin de asegurar la continuidad e integridad en la prestación del servicio, en los términos de las Reglas establecidas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Tercero.- ORDENAR a la entidad SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS S.O.S., le permita a la señora Martha Lucía Marmolejo Montenegro, el acceso completo a la información necesaria, en términos comprensibles y concretos, estableciendo de manera clara los riesgos y consecuencias del tratamiento, a fin de que pueda tomar la mejor decisión posible con base en la información disponible, en garantía de su derecho al consentimiento informado.

Cuarto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

(T-838/2009)

1 Afirma también que es una persona cotizante, dependiente del sistema de seguridad social, mujer cabeza de familia con ingresos de \$500.000 mensuales y que dependen de ella su hijo y su mamá.

2 Aunque en el expediente no aparece prueba de la orden médica dada por el Médico que afirma la accionante, dicho hecho no fue controvertido por la entidad accionada y lo acepta en el trámite de la presente acción.

3 Un ejemplo relevante en este sentido es la Sentencia T-760 de 2008.

4 Sentencia T-227 de 2003. En esta sentencia la Corte Constitucional concluyó que el concepto central que permite distinguir la condición de fundamentabilidad de un derecho es el de dignidad humana. Dijo la Corte al respecto: “En este orden de ideas será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo (...)”.

5 Así lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia T-859 de 2003: “La definición de cuáles derechos están “funcionalmente” dirigidos a lograr la dignidad

humana y su traducibilidad en derechos subjetivos, no está sometida a la libre apreciación del juez. Este, al igual que todos los operadores jurídicos, está sujeto a reglas y pautas propias del sistema jurídico que permiten, en muchos casos, hacer tal calificación. Tales reglas y pautas no se limitan a elementos de derecho positivo, sino que incluye la teoría del derecho, precedentes judiciales y, en general, todos aquellos raciocinios que el sistema jurídico admite como válidos para adoptar decisiones jurídicas. Por así decirlo, conforman elementos de juicio el arsenal argumentativo de todo aquello que resulta relevante para la ciencia del derecho. Claro está, tendrán especial relevancia las disposiciones jurídicas y la jurisprudencia u opinión de los jueces u organismos cuasijudiciales que tienen por función la definición del sentido de las normas positivas. La Constitución, precisamente, indica que, en punto a los derechos constitucionales, los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia constituyen pauta de interpretación, razón por la cual ha de tenerse en cuenta la posición de los intérpretes autorizados de tales tratados. Así, en sentencia C-671 de 2002, la Corte precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas “es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)”⁷ Por lo tanto, para establecer si el derecho a la salud puede comportar una relación funcional con el logro de la dignidad humana y que sea traducible en derechos subjetivos, habrá de considerarse lo indicado por dicho comité, así como por la propia Corte Constitucional”.

7 Ibíd. En el mismo sentido la Sentencia T-760 de 2008 dijo: “Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁷ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁷”

8 En varias ocasiones la Corte Constitucional ha negado el amparo de tutela solicitado por un accionante, por el hecho de solicitar un servicio de salud que fue ordenado por un médico que no está adscrito a la EPS a la que la persona se encuentra

afiliada. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001 y T-476 de 2004.

9 Sentencia T-760 de 2008.

10 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”.

11 Recientemente, en la sentencia T-083 de 2008 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”.

12 Al respecto ver las sentencias T-304 y T-835 de 2005 y T-1041 de 2005.

13 En la sentencia T-1138 de 2005 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.

14 En la sentencia T-662 de 2006 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.

15 Sentencia T-760 de 2008. “Al respecto dijo la Corte: en la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no”.

16 Sentencia T-760 de 2008. Este fallo explicita las condiciones de acceso de la siguiente forma: “Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”¹⁶ Negrilla y subrayado fuera de texto.

17 En la Sentencia T-418 de 2008, se estableció en términos técnicos, la denominación general del término Cirugía Bariátrica. Consultada la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social se dijo: “La Llamada Cirugía Barátrica” es el término general que sirve para denominar el conjunto de procedimientos quirúrgicos usado para tratar problemas relacionados con la obesidad o de exceso de peso”.

18 Puede consultarse, entre otras, las Sentencias T-825 de 2005, T-027 de 2006, T-265 de 2006, T-447 de 2007 y T- 414 de 2008.

19 Sentencia T-414 de 2008. Esta sentencia, además de hacer un recorrido

jurisprudencial completo sobre el caso de la obesidad mórbida y la cirugía bariátrica, estableció, sobre la base de conceptos técnicos, que –por lo menos para el caso de la modalidad de esta cirugía denominada- by pass gástrico, dicho procedimiento sí se encuentra incluido en el POS.

20 En la Sentencia 414 de 2008, la Corte Constitucional hizo un recuento completo de los pronunciamientos en relación con el tema de la cirugía bariátrica. Recientemente en el mismo sentido puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-369 de 2009.

21 En este punto pueden consultarse entre otras, las Sentencias T-264 de 2003; T-828 de 2005.

22 Sobre el consentimiento informado como derecho fundamental, pueden consultarse, entre otras, las siguientes Sentencias: T-1229 de 2005; T-639 de 2007.

23 Entre otras pueden consultarse las Sentencias, T-889 de 2001; T- 225 de 2007.

24 En esta Sentencia, la Corte Constitucional consultó a diversas entidades entre las que se encuentran la Asociación Colombiana de Cirugía, la Superintendencia Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Medicina Legal, la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social. Estas entidades afirman que el By Pass Gástrico es un procedimiento consagrado dentro de la regulación del POS. En estos mismos conceptos se establecieron definiciones generales. Así por ejemplo, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses afirmó: “La cirugía bariátrica consiste en reducir el tamaño del estómago, asociado o no a procedimiento que impidan la absorción de la grasa. La forma de comer cambia radicalmente. Así se reduce la ingesta calórica y se asegura una dieta forzada al cambiar el hábito alimenticio obligando al paciente a comer pequeñas cantidades y tener que masticar muy bien”.

25 Ligado a este argumento, se encuentra el de la orden de médico particular que la Sala ya examinó para el caso, exponiendo las reglas jurisprudenciales al respecto.

26 Entre otras, pueden consultarse la Sentencia: T-889 de 2001.

27 Al respecto, la Sentencia T-760 de 2008 afirmó: “Para la Corte Constitucional, conlleva

un irrespeto especialmente grave al derecho a la salud, el no garantizar el acceso a un servicio de salud que se requiere y está incluido dentro del plan obligatorio de salud aplicable, con base en la errada consideración de que dicho servicio no se encuentra incluido dentro del plan, o más grave aún, afirmar que se encuentra excluido del mismo". Así mismo pueden consultarse entre otras, las Sentencias T-353 de 2007; T-070 de 2008; T-221 de 2009.

28 Como ya se anotó, así lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008.

29 Sentencia T-760 de 2008.

30 Al respecto la Sentencia T-760 de 2008 dispuso lo siguiente: "Durante varios años las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional adoptaron una regla clara para aquellos casos en los cuales una EPS prestara un servicio médico (medicamento, examen diagnóstico o tratamiento) cuyos costos no le correspondiera asumir (por estar excluido del POS, o por incumplimiento de período mínimo de cotización), según la cual "(...) además de reconocer el derecho que le asiste a la entidad, la jurisprudencia ha exigido que el administrador del FOSYGA, a los 15 días de presentada la solicitud de pago por parte de la entidad respectiva, pague lo adeudado o indique cuándo lo hará; indicando que, en todo caso, el pago debe hacerse antes de transcurridos 6 meses, contados a partir del momento en que se presente la solicitud.(...) Ahora bien, la regla general acerca del monto que se reconoce, y se paga, por el recobro de servicios de salud (medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos) prestados por las entidades a los usuarios, en cumplimiento de fallos de tutela o autorizaciones del Comité Técnico Científico, parte de aquello que la entidad no está obligada a asumir legal y reglamentariamente. Así, factores como el número de semanas cotizadas certificadas por la entidad, o la existencia de un medicamento del mismo grupo terapéutico que remplace o sustituya el medicamento ordenado, afectan la suma que se reembolsa.³⁰ (...)Esta misma regla se encuentra prevista en el artículo 26, literal a, en relación con el pago de recobros por actividades, procedimientos, intervenciones o elementos incluidos en el Plan de Beneficios del Régimen Contributivo, para afiliados que no han cumplido con los períodos mínimos de cotización. || Por otra parte, en el artículo 25, literal c, que se refiere al recobro de medicamentos no

POS ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los Planes Obligatorios de Salud, se establece el reconocimiento sólo del 50% del valor facturado del medicamento cuando este es ordenado por tutela. Señala la norma: “El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud, será el 50% del valor facturado del medicamento”. La relevancia de la norma consiste en que los medicamentos para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud son los mismos que puede autorizar el CTC. Por lo tanto, cuando es esta entidad la que autoriza los medicamentos, el recobro no tiene descuentos (literal a, artículo 25), mientras que cuando el suministro del medicamento es ordenado mediante una acción de tutela, habiendo podido ser autorizado por el CTC, se descuenta el 50% del valor facturado del medicamento. ||

Por último, es importante señalar que si bien la regla general en la jurisprudencia constitucional es que cuando se ordena a una EPS la prestación de un servicio médico no incluido en el POS, se ordena a su vez el reconocimiento del derecho al recobro por el monto que legal y reglamentariamente no le corresponda asumir respecto del mismo, muchas veces se ordena la prestación del servicio médico para proteger el derecho a la salud del usuario, pero no se ordena el recobro ante el FOSYGA. Así sucede, por ejemplo, cuando se determina que el servicio médico sí estaba incluido en el POS³⁰ y cuando existe otro obligado a asumir el costo del servicio por tener capacidad económica suficiente³⁰. Los recursos del FOSYGA sólo pueden ser utilizados para pagar servicios médicos prestados por las EPS en aquellos casos en los cuales no existe ningún otro obligado a asumir el costo. || Esta situación se presenta cuando el juez de tutela determina que el servicio médico que fue negado por la EPS aduciendo que estaba excluido del POS, sí estaba incluido en éste. Así, por ejemplo, en la sentencia T-859 de 2003³⁰ se estudiaron los casos de dos personas que presentaban problemas de estabilidad en las rodillas y a quienes sus médicos tratantes les habían ordenado un procedimiento de aloinjerto”.