

Sentencia T-867/07

PLANES ADICIONALES DE SALUD-Tipos

MEDICINA PREPAGADA-Definición y presupuestos básicos

CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA-Procedencia excepcional de tutela

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Deber de garantizarlo

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

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1659356

Acción de tutela instaurada por María Patricia Abello de Salazar, actuando por intermedio de apoderada, contra Colmédica medicina prepagada y/o E.P.S., con citación oficiosa del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil siete (2007)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado 58 Civil Municipal del Bogotá, el 1° de junio de 2007, dentro de la acción de tutela instaurada por María Patricia Abello de Salazar, quien actúa por intermedio de apoderada, contra Colmédica medicina prepagada y/o E.P.S.

I. ANTECEDENTES

La señora María Patricia Abello de Salazar, actuando por intermedio de apoderada judicial, presentó acción de tutela como mecanismo transitorio, contra Colmédica medicina prepagada y/o E.P.S., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida, integridad personal e igualdad, con ocasión del no suministro del procedimiento quirúrgico denominado bypass gástrico por laparoscopia con reconstrucción en Y de Roux, dispuesto por su médico gastroenterólogo tratante para contrarrestar la obesidad mórbida grado II que padece y las patologías derivadas de la misma.

1. Hechos relevantes

1.1. Indica la peticionaria que el 12 de julio de 2001, suscribió contrato de medicina prepagada con Colmédica, bajo la modalidad de “plan original”, vinculándose adicionalmente al plan obligatorio de salud que ofrecía la misma entidad.

1.2. Señala que cuenta con 52 años de edad y que padece la enfermedad “obesidad mórbida grado III con un síndrome metabólico secundario, con complicaciones consideradas de alto riesgo o mortales: como pirosis severas con tos severa, pubalgia dolor de rodillas con limitación en la deambulaci3n, disnea de medianos esfuerzos, hipercolesterolemia e hígado graso, hipotiroidismo, colesterol alto, insomnio por ansiedad y depresi3n, hemorroides, ferropenia Vs rasgo talasémico, hernia hiatal pequeña, gastritis cr3nica con pólipos del cuerpo gástrico, dolores lumbares creando limitaciones para vestirse y asearse.”

1.3. Sostiene que debido al aumento desmesurado de peso, su médico gastroenterólogo tratante adscrito a Colmédica medicina prepagada, doctor Andrés Muñoz Mora, dispuso la práctica de varios exámenes con médicos especialistas obteniendo los siguientes resultados:

“DR. JUAN CARLOS VELASQUEZ, MEDICINA INTERNA, quien conceptúa OBESIDAD GRADO III CON COMORBILIDADES.

DRA. ADRIANA GUTIERREZ DE LOPEZ, NUTRICIONISTA-DIETISTA, conceptúa OBESIDAD GRADO III, COLESTEROL TOTAL ELEVADO.

DR. PABLO ALBERTO CHALELA, MEDICO PSIQUIATRA, conceptúa OBESIDAD MORBIDA CON

CUADRO DEPRESIVO EL CUAL HA SIDO MANEJADO CON PSICOTERAPIA Y MEDICACION.

DRA. (sic) FERNANDO PASTRANA, ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA DEPORTIVA, quien conceptúa, RECOMIENDA CIRUGÍA BARIATRICA YA QUE ES IMPORTANTE BAJAR DE PESO PARA MEJORAR SU RODILLA.”

1.4. Con fundamento en los resultados obtenidos, el facultativo dispuso como procedimiento para contrarrestar la enfermedad que padece la tutelante, el bypass gástrico por laparoscopia con reconstrucción en Y de Roux, dispuesto mediante orden de servicios médicos N° 252 1087567 del 4 de abril de 2007, solicitud a la que no accedió Colmédica medicina prepagada, mediante formato de negación de servicios de salud y medicamentos N° 212 7178, por encontrarse excluido del contrato de medicina prepagada (cláusula octava, numeral 8.6.).1

1.5. Agrega la actora que el procedimiento ordenado se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud (Resolución 5261 de 1994, Art. 62), como anastomosis de estómago que incluye gastroduodenostomia, gastroyeyunostomia (07630) y anastomosis del estómago en Y de Roux (07631) “por vía abierta”, cobertura confirmada por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, los cuales en su sentir, son el mismo tratamiento del bypass gástrico dispuesto por el médico tratante.

1.6. Considera que el argumento esgrimido por la entidad demandada para negar el procedimiento ordenado, se fundamenta en las normas referidas a exclusiones y preexistencias generadas “por fines estéticos o embellecimientos”, desconociendo que la cirugía bariátrica tiene como fin reducir el sobrepeso, evitando de esta forma los riesgos de morbilidad y mortalidad y por contera, que se vea afectado el derecho a la salud y a la vida.

1.7. Por último, indica que carece de recursos económicos para sufragar la cirugía ordenada de manera particular.

2. Trámite judicial

La acción de amparo constitucional fue repartida al Juzgado 58 Civil Municipal de Bogotá, quien mediante auto del 22 de mayo del 2007, dispuso avocar conocimiento y ordenar el traslado de la solicitud tutelar a Colmédica medicina prepagada y/o E.P.S. y al Fondo de

Solidaridad y Garantía -FOSYGA-. Adicionalmente, requirió a la tutelante para que bajo la gravedad del juramento, hiciera una relación de los bienes de su propiedad, incluidos los salarios.

3. Contestación de la acción de amparo constitucional impetrada

Mediante escrito radicado el 24 de mayo de 2007, la doctora Gloria Eugenia Gómez Toro, representante legal de Colmédica medicina prepagada y E.P.S., indicó que la entidad demandada no autoriza el procedimiento dispuesto por el galeno tratante, denominado bypass gástrico por laparoscopia, por encontrarse excluido de las coberturas del contrato suscrito con la señora María Patricia Abello de Salazar, en tanto “hace parte de los tratamientos para la obesidad”, es decir, se trata de la exclusión de una patología expresa y de todo lo relacionado con ella, la cual tampoco se encuentra incluida en el plan obligatorio de salud.

De otra parte, sostiene que si bien la oficina jurídica del Ministerio de la Protección Social, indica que el bypass gástrico por laparoscopia se encuentra incluido en el POS, se trata de un procedimiento por vía abierta, que comprende como parte inicial “la Y de Roux” y parte final “la anastomosis intestinal de la Y de Roux”, pero que en relación con “la realización del reservorio, es decir, la exclusión gástrica no está como tal en el POS, pues esta cirugía consiste en separar el estómago y dejar buena parte de este con irrigación y funcionalidad pero excluido.”²

Con fundamento en lo anterior, la entidad demandada pidió al juez constitucional negar el amparo solicitado, por considerar que se trata de un procedimiento excluido del contrato de medicina prepagada suscrito con la demandante. De otra parte, señaló que de probarse la incapacidad económica por parte de la actora para asumir el costo de la cirugía bariátrica dispuesta por el médico tratante, “le solicitamos que dentro de la parte resolutive del mismo nos indique claramente en qué consisten tales coberturas, el momento desde el cual se deben atender por parte de esta Compañía, si dichos servicios deben ser prestados a través de la red del plan obligatorio de salud y se autorice expresamente a COLMÉDICA EPS para repetir contra la Nación, Ministerio de Protección Social Fondo de Solidaridad y Garantía, por los gastos adicionales en que deba incurrir esta EPS.”

Por su parte, la doctora Nelly Patricia Ramos Hernández, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y

de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, luego de hacer mención de los artículos 17 (inciso 1º) y 18 del Decreto 806 de 1998, que permite a los afiliados al Plan Obligatorio de Salud tener acceso a planes adicionales de salud (PAS), los cuales pueden ser prestados por compañías de medicina prepagada, consideró que en cada caso debe aplicarse el contrato mediante el cual el usuario adquirió el servicio de salud complementario y sujetarse a lo que éste contemple. Así las cosas, solicitó la exoneración de las responsabilidades que surjan en el trámite de la acción de tutela incoada por la señora María Patricia Abello de Salazar.

Finalmente y con ocasión de la orden dispuesta por el juez de tutela al momento de avocar conocimiento de la acción tutelar, en el sentido de que la actora informara bajo la gravedad del juramento qué bienes eran de su propiedad, incluyendo los salarios devengados, en escrito allegado el 6 de junio de 2007, informó (i) que se encuentra separada del padre de su hijo desde el 20 de enero de 2006 y que él está incumpliendo con su obligación alimentaria; (ii) que con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal, recibió el inmueble en el que actualmente reside, “con una deuda con el banco Davivienda de CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$50.000.000.00), y (iii) que recibe mensualmente la suma de \$ 485.000, circunstancia acreditada mediante certificación expedida por contador público.

4. Sentencia de tutela de instancia

Mediante fallo del 1º de junio de 2007, el Juzgado 58 Civil Municipal de Bogotá, dispuso negar el amparo deprecado, por considerar en primer lugar, que la discusión planteada por la demandante surge a partir de las diferencias suscitadas con ocasión del contrato de medicina prepagada suscrito con Colmédica medicina prepagada, cuestión que escapa de la órbita de competencia del juez constitucional.

Como razón adicional para no acceder al amparo solicitado, estimó que no obstante encontrarse excluido el procedimiento dispuesto por el médico gastroenterólogo tratante del POS y PAS, la señora Abello de Salazar no demostró la incapacidad económica, a pesar del requerimiento efectuado por el despacho judicial.

5. Pruebas allegadas al expediente de tutela

- Historia clínica de medicina interna, gastroenterología y endoscopia, ortopedia y

traumatología deportiva de María Patricia Abello de Salazar (folio 10 y 11 del cuaderno de única instancia).

- Diagnóstico de la nutricionista dietista y del médico psiquiatra de la peticionaria (folios 30, 31 y 32 ibídem).

- Solicitud de autorización de servicios médicos N° 252 1087567, expedida por Colmédica, medicina prepagada (folio 33 ibíd.).

- Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos N° 212 7178 (folio 34 ibíd.).

- Factura N° 1304169 por valor de \$ 420.012, correspondiente al valor mensual del plan de medicina prepagada de la demandante (folio 44 ibíd.).

- Cédula de ciudadanía de la tutelante y carnés de afiliación a Colmédica E.P.S. y medicina prepagada (folios 47 y 48 ibíd.).

6. Trámite ante la Corte Constitucional

El expediente de tutela fue seleccionado para revisión por auto del 26 de julio de 2007. El magistrado sustanciador considerando que existían dudas en relación con aspectos de orden médico y respecto de la capacidad económica de la accionante, decretó las siguientes pruebas:

“Primero.- Por Secretaría General de esta corporación, OFÍCIESE a Colmédica, medicina prepagada, en la calle 106 N° 15B-08 (Departamento Jurídico), para que, en el término de tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, informe con destino al proceso de la referencia, cuál es el ingreso base de cotización de María Patricia Abello de Salazar, identificada con la cédula de ciudadanía 41.746.720 de Bogotá. // De otra parte, deberá indicar cuál es el costo del procedimiento quirúrgico dispuesto por el médico tratante de la tutelante, doctor Andrés Muñoz Mora, denominado “by pass gástrico por laparoscopia con reconstrucción en Y de Roux”, incluyendo adicionalmente el valor aproximado del período postoperatorio y la rutina que debe seguirse.

Segundo.- Por Secretaría General de esta corporación, OFÍCIESE al médico tratante de la tutelante, doctor Andrés Muñoz Mora en la carrera 16 N° 84A-09, consultorio 516, teléfonos

6217236-6217249, para que, en el término de tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, informe con destino al proceso de tutela de la referencia, cuál es el costo del procedimiento quirúrgico denominado “by pass gástrico por laparoscopia con reconstrucción en Y de Roux”, incluyendo adicionalmente el valor aproximado del período postoperatorio y la rutina que debe seguirse. // Adicionalmente, deberá responder los siguientes interrogantes: // 1. ¿Cuál es el estado de salud actual de María Patricia Abello de Salazar (peso, IMC, etc)? // 2. A partir de los antecedentes patológicos de la paciente María Patricia Abello de Salazar, ¿es urgente la realización de la cirugía bariátrica por usted dispuesta, con el fin de no amenazar su derecho a la vida o la integridad personal? ¿Se garantiza con la cirugía ordenada, la salud integral de la señora Abello de Salazar? // 3. ¿El procedimiento ordenado puede ser sustituido por otro previsto en el Plan Obligatorio de Salud -POS-? De existir otra alternativa ¿tiene la misma efectividad que el excluido? // 4. El procedimiento denominado anastomosis del estómago en Y de Roux, incluido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, ¿puede reemplazar el by pass gástrico por laparoscopia? Indique en qué consiste cada uno de estos procedimientos.

Tercero.- Por Secretaría General de esta corporación, OFÍCIESE a María Patricia Abello de Salazar, en la carrera 9 N° 86-48 apto 301, para que, en el término de tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, informe bajo la gravedad del juramento y con destino al proceso de tutela de la referencia, (i) a cuánto ascienden sus ingresos económicos mensuales, indicando si tiene bienes de su propiedad y cuáles son sus egresos (arrendamiento, cuota crédito hipotecario, educación, servicios públicos, alimentación, vestuario, deudas con entidades financieras, administración de la copropiedad, etc); (ii) teniendo en cuenta que la contadora pública certifica que sus ingresos mensuales ascienden a la suma “de \$485.000 (CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS), por concepto de sueldos recibidos de la sociedad INVERSIONES SABEL S en C.”, ¿de qué forma o qué rentas adicionales percibe para sufragar los demás gastos, teniendo en cuenta que tan sólo de medicina prepagada debe cancelar \$420.012?; (iii) cuántas personas se encuentran económicamente a su cargo, indicando parentesco y edad; (iv) ¿qué actividad económica realizan actualmente sus hijos y de qué manera contribuyen en los gastos del hogar?; (v) ¿de qué forma ayuda el padre de sus hijos con los gastos de manutención que exige su familia?”

Vencido el término probatorio, la representante legal de Colmédica E.P.S. y medicina

prepagada, informó a esta Sala de Revisión que la señora María Patricia Abello de Salazar, registra como ingreso base de cotización (IBC) al plan obligatorio de salud \$434.000, y por concepto de medicina prepagada cancela una mensualidad de \$420.012. De otra parte, indicó que el costo aproximado del procedimiento dispuesto por el médico tratante denominado bypass gástrico por laparoscopia con reconstrucción en Y de Roux, es de \$13.230.000, y que los gastos del período postoperatorio pueden estar en razón de \$250.000, incluyendo consultas, medicamentos y exámenes de laboratorio.

De otra parte, la actora bajo la gravedad del juramento reiteró que sus ingresos mensuales ascienden a \$485.000; que el apartamento en el que reside fue “producto de mi divorcio”, y que tiene un crédito hipotecario con Davivienda en el que adeuda a la fecha \$50.000.000. Refirió que no recibe rentas adicionales y que sus egresos son de \$2.930.000 (cuota crédito hipotecario, alimentación, administración, servicios públicos y medicina prepagada), los cuales son pagados por su madre, en tanto la cuota alimentaria del padre de su menor hijo Andrés Salazar por valor de \$1.600.000, fijada en la sentencia de divorcio, se encuentra en mora desde marzo de 2007.

Así mismo, el médico tratante doctor Andrés Muñoz Mora, informó que el costo del bypass gástrico por laparoscopia, incluyendo derechos de sala, insumos, dos días de hospitalización y honorarios médicos es de \$ 18.000.000, sin incluir lo relacionado con las complicaciones intra y postoperatorias. Reiteró que el estado de salud de la peticionaria “está seriamente afectado por una obesidad severa con presencia de enfermedades concomitantes que ponen en riesgo a la paciente”, y que la cirugía bariátrica ordenada busca disminuir el peso para contrarrestar las patologías que actualmente padece la señora Abello de Salazar, tales como hipertensión arterial, dislipidemia, enfermedad por reflujo gastroesofágico y afecciones de tipo osteomuscular. Señaló, que el procedimiento por laparoscopia ordenado es el indicado para la paciente, en tanto disminuye notoriamente las complicaciones relacionadas con el sistema respiratorio y con las hernias e infección de la herida quirúrgica. Como último aspecto, ilustró a la Sala en el sentido de indicar que la anastomosis en Y de Roux, es un método que tan sólo reconstruye el intestino después de practicada la reducción gástrica, razón por la cual no puede reemplazar el bypass gástrico por laparoscopia.

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 241 numeral 9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si la negativa de Colmédica medicina prepagada de suministrar el procedimiento dispuesto por el médico tratante de la señora María Patricia Abello de Salazar, denominado bypass gástrico por laparoscopia, por encontrarse dentro de las exclusiones previstas en la cláusula octava del contrato N° 37019, vulnera sus derechos fundamentales a la vida, salud, integridad personal e igualdad.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará la función de los contratos de medicina prepagada y procedencia excepcional de la acción de tutela para dirimir controversias que se susciten cuando se trata de una discusión en la que se encuentren involucrados derechos fundamentales y, luego, analizará y dará solución al caso concreto.

3. La función de los contratos de medicina prepagada y procedencia excepcional de la acción de tutela para dirimir controversias que se susciten cuando se trata de una discusión en la que se encuentren involucrados derechos fundamentales.

La Ley 100 de 1993 (Art. 169), dispone que las entidades promotoras de salud podrán ofrecer planes complementarios al plan obligatorio de salud (régimen contributivo), que serán financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias.

A su turno, el decreto reglamentario 806 de 1998 (Arts. 18 y 19), define los planes de atención adicional en salud -PAS-, como “aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria”, y establece como modalidad de PAS la medicina prepagada, que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1486 de 1994 (Art. 1°), es definida como “[e]l sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente decreto, para la gestión de la atención y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular

previamente acordado.”

Sobre este particular, esta Corporación ha establecido que la medicina prepagada es un plan adicional de atención en salud que hace parte del sistema de seguridad social en salud y que se suministra dentro de un esquema de contratación particular y voluntaria bajo la intervención del Estado. Ahora bien, dado que el servicio público de salud comporta derechos constitucionales, en lo que hace referencia al régimen de exclusiones, habida cuenta que la concepción del contrato de medicina prepagada radica en que su celebración se hace para la cobertura integral de servicios de salud, únicamente se entienden excluidos del contrato los padecimientos del usuario que previa, clara y taxativamente se hayan señalado en las cláusulas del mismo,³ sin que sea válido que con posterioridad la entidad pueda ampliar, unilateralmente, el catálogo de exclusiones.⁴

Si bien como regla general las controversias que susciten de este tipo deben ser dirimidas por la jurisdicción ordinaria, puede darse el caso que estas trasciendan al ámbito de los derechos fundamentales, evento en el cual deberán ser resueltas por la jurisdicción constitucional, a quien le corresponde proteger de manera inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley, en atención a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque aunque se trata de personas jurídicas privadas, éstas participan en la prestación del servicio público de salud, y de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra particulares “[c]uando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud.”

De otra parte, dado que los particulares que contratan con las empresas de medicina prepagada, se encuentran en estado de indefensión frente a éstas, ya que, de un lado, dichas empresas tienen bajo su control directo el manejo de todos los instrumentos que inciden en el disfrute efectivo de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales ofrecidos -“(…) hasta el punto que, en la práctica, son ellas las que deciden de manera concreta si cubren o no el respectivo gasto en cada momento de la ejecución del contrato”⁵-, de manera que representan la parte fuerte de la relación contractual, mientras

los afiliados constituyen la parte débil por el apremio que poseen frente a la prestación del servicio;⁶ y, de otro lado, toda vez que el contrato de medicina prepagada es un contrato de adhesión⁷ cuyas cláusulas son redactadas por las referidas empresas y en el que pocos asuntos son sometidos a la libre discusión de las partes.

Finalmente, debido a que si bien, normalmente, las controversias contractuales deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria, en el caso de los contratos de medicina prepagada, cuando se involucran derechos fundamentales tales como la vida y la dignidad de las personas, las vías de defensa ordinarias no resultan idóneas, ni eficaces para la resolución de los conflictos relativos a la violación o amenaza de tales derechos en el curso de la prestación del servicio.⁸ En efecto, las acciones ordinarias han demostrado ser inútiles y tardías frente a la necesidad apremiante de los afectados de recibir atención médica.⁹

4. Análisis y solución del caso.

Como aspecto inicial, es importante indicar que Colmédica medicina prepagada y/o E.P.S., está legitimada por pasiva para actuar en la presente acción tutelar, por tratarse de una entidad privada que presta un servicio público, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 numeral 2° del Decreto 2591 de 1991,¹⁰ razón por la cual desde el punto de vista formal la acción incoada es procedente. De otra parte y comoquiera que la peticionaria ha venido utilizando asiduamente el servicio del plan adicional de salud -PAS-, para tratar la obesidad mórbida que padece, posibilidad que el mismo ordenamiento jurídico le proporciona,¹¹ la Sala considera que las ordenes dispuestas deberán recaer en cabeza de Colmédica medicina prepagada, con el fin de restablecer los derechos constitucionales fundamentales de la señora María Patricia Abello de Salazar.¹²

De conformidad con las pruebas que reposan en el expediente, especialmente la historia clínica de la peticionaria, se tiene que (i) cuenta con 53 años de edad y padece de sobrepeso desde hace aproximadamente 8 años “con incremento paulatino” (su peso es de aproximadamente 114.9 kilos, con un índice de masa corporal -IMC- de 39.75),¹³ (ii) se le efectuó un diagnóstico del médico gastroenterólogo consistente en “obesidad grado II con comorbilidades”,¹⁴ recomendándosele el bypass gástrico por laparoscopia con reconstrucción en Y de Roux, (iii) ha intentado todo tipo de dietas (proteínas, terapia neural, acupuntura, xenical), con pérdida de hasta 13 kilos, los cuales posteriormente son

recuperados y sobrepasados, (iv) actualmente padece pirosis severas con tos severa, dolor de rodillas con limitación de la deambulaci3n, hipertensi3n arterial, hipercolesterolemia, autoestima disminuida con episodios de ansiedad y depresi3n¹⁵ y limitaciones para vestirse y asearse.

La seria afectaci3n de los derechos fundamentales de María Patricia Abello de Salazar, se encuentra probada en el informe enviado por el m3dico tratante,¹⁶ doctor Andr3s Muñoz Mora en el que se indica:

“El estado de salud est3 seriamente afectado por una obesidad severa con presencia de enfermedades concomitantes que ponen en riesgo a la paciente.

La cirugía propende por la disminuci3n notoria de su peso, logrando as3 mejorar las dem3s condiciones patol3gicas condicionadas por la obesidad, espec3ficamente en el caso de la señora MARÍA PATRICIA ABELLO la hipertensi3n arterial, dislipidemia, enfermedad por reflujo gastroesof3gico y afecciones de tipo osteomuscular. Esto indica una cirugía para correcci3n de la obesidad en forma oportuna, es decir prontamente.

El procedimiento ordenado es un bypass g3strico por laparoscopia con reconstrucci3n en Y de Roux, y ese es el espec3ficamente indicado en esta paciente. El hecho de practicarlo por laparoscopia disminuye notoriamente las complicaciones relacionadas con el sistema respiratorio y con las hernias e infecci3n de la herida quir3rgica.

La anastomosis en Y de Roux no reemplaza al bypass. Aquel es tan s3lo el m3todo de reconstrucci3n del intestino despu3s de practicada la reducci3n g3strica” (Subraya y negrilla por fuera del texto original).

Lo anterior es raz3n suficiente para que la Sala ordene a Colm3dica medicina prepagada, autorizar la realizaci3n del procedimiento quir3rgico denominado bypass g3strico por laparoscopia, y de esta forma restaurar los derechos fundamentales de la actora.

En tal contexto y atendiendo la evidente vulneraci3n por parte de la entidad demandada del principio de continuidad en la prestaci3n del servicio p3blico de salud, que ha sido entendido por el int3rprete constitucional como la garant3a de que los usuarios del servicio no se vean abocados a interrupciones abruptas o intempestivas “en la prestaci3n de los tratamientos,

procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que se requieran, según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario, sin justificación válida”¹⁷, la Corte dispondrá que se realicen las gestiones administrativas pertinentes para que sea el galeno tratante de la tutelante señora María Patricia Abello de Salazar, efectúe el procedimiento negado mediante orden de servicios N° 212 717818, con el fin de contrarrestar las patologías surgidas con ocasión de la obesidad mórbida grado II que padece desde hace aproximadamente 8 años.

De otra parte, la peticionaria informa en su solicitud de tutela que “carece de los recursos económicos para sufragar el costo de la cirugía de manera particular”, aspecto probado durante el trámite de instancia al indicar bajo la gravedad del juramento que percibe unos ingresos mensuales aproximados de \$485.000.19, y que actualmente posee un apartamento que fue obtenido con ocasión del divorcio del padre de su hijo, sobre el cual se encuentra constituida una hipoteca con el Banco Davivienda por valor de \$50'000.000.

Así mismo y con ocasión de las pruebas pedidas por esta Corporación, la tutelante ratificó lo indicado ante el Juzgado 58 Civil Municipal de Bogotá en relación con los ingresos y el bien inmueble de su propiedad, adicionando que los egresos mensuales son de \$2'930.000, los cuales son sufragados por su progenitora. Su ex esposo quien debe pagar una cuota alimentaria mensual de \$1'600.000, se encuentra en mora desde el mes de marzo de 2007. Así las cosas y comoquiera que la cirugía ordenada por el médico tratante tiene un costo de \$ 18'000.000, sin incluir las eventuales complicaciones que se presenten en los períodos intra y postoperatorios, es evidente que resulta ser un gasto desproporcionado al ingreso de la señora Abello de Salazar, razón adicional para acceder al amparo solicitado.

Por estas razones, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional revocará la sentencia proferida el 1° de junio de 2007, por el Juzgado 58 Civil Municipal de Bogotá, y en su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad física de María Patricia Abello de Salazar, ordenando en consecuencia que Colmédica medicina prepagada, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, autorice el procedimiento indicado por el médico tratante, denominado bypass gástrico por laparoscopia con reconstrucción en Y de Roux, disponiendo las medidas administrativas pertinentes, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud. La protección constitucional permanecerá durante el período

postoperatorio en todo lo relacionado con el mismo.

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,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 58 Civil Municipal de Bogotá, el 1° de junio de 2007, y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales de María Patricia Abello de Salazar a la vida, salud e integridad personal.

Segundo.- ORDENAR a Colmédica medicina prepagada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, autorice el procedimiento denominado bypass gástrico por laparoscopia con reconstrucción en Y de Roux, indicado por el médico tratante. La protección constitucional permanecerá durante el período postoperatorio en todo lo relacionado con el mismo.

Tercero.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado 58 Civil Municipal de Bogotá, notificará esta sentencia dentro del término de los cinco (5) días siguientes a haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 “CLÁUSULA OCTAVA. EXCLUSIONES: 8.6. Hidroterapia, celuloterapia, escleroterapia, puvoterapia, curas de sueño, reposo o similares, uvulopalatofaringoplastia, tratamientos de obesidad, adelgazamiento, rejuvenecimiento, cosmetología y cámara hiperbárica, así como tratamientos médicos alternativos (Homeopatía y acupuntura, etc.) y todos aquellos procedimientos diagnósticos y/o terapeuticos que no hayan sido homologados y/o avalados por las asociaciones médicas reconocidas en el país” (Subraya y negrilla por fuera del texto original).

2 Agregó que “[e]l procedimiento de bypass gástrico en Y de Roux implica la creación de una bolsa estomacal a partir de una pequeña porción del estómago y su unión directamente al intestino delgado, evitando así el paso a través de una gran parte del estómago y el duodeno. Así, no solamente resulta la bolsa estomacal demasiado pequeña como para albergar grandes cantidades de alimento, sino que la absorción de grasa se reduce sustancialmente al evitarse el paso por el duodeno.”

3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-699 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-822 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

4 Cfr. T-662 de 2006 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Cfr. Sentencia T-307 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Cfr. Sentencia T-822 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

7 Cfr. Sentencia SU-039 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara y T-065 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

8 Cfr. Sentencia T-307 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

9 Cfr. Sentencia T-533 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

10 La norma en cita dispone: “La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: 2. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de salud.”

11 El inciso final del artículo 18 del Decreto 806 de 1998, dispone: “El usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.”

12 Sobre este particular la Corte ha considerado: “[L]a doctrina constitucional ha llamado la atención en la actitud asumida reiteradamente por las entidades de medicina prepagada que suelen trasladar su responsabilidad en materia de prestación de servicios de salud a las E.P.S. con quienes sus usuarios tengan contratada su seguridad social en salud -sobre todo si se trata de personas jurídicas que funcionan como E.P.S. y entidades de medicina prepagada- siendo que cada una de estas entidades tiene fijadas competencias específicas, que no tienen posibilidad de eludir, sino es con el consentimiento manifiesto del usuario, el cual puede optar libremente entre cuál entidad ha de prestarle el servicio requerido”. (Sentencias T-065 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería y T-181 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil).

13 En este grado de obesidad (II, IMC 35-39,9 kg/m²), el riesgo para la salud y la comorbilidad asociada pueden ser importantes y también puede serlo la disminución de la calidad de vida. En el grado III, al cual está próximo la tutelante (IMC igual o mayor de 40 kg/m², obesidades mórbida y extrema), se producen graves problemas para la salud y para la calidad de vida del paciente.

14 Por su parte, la nutricionista - dietista indicó que el IMC es de 40.4, diagnosticando obesidad mórbida grado III (folio 30 del cuaderno de única instancia).

15 El médico psiquiatra tratante señaló que la tutelante “presenta obesidad mórbida siendo uno de los factores que inciden en su estado afectivo, además de las situaciones físicas que se derivan del mismo. Debe ser corregida esta obesidad lo cual conducirá, aparte de los

aspectos somáticos, a la mejoría de su cuadro anímico” (folios 31 y 32 del cuaderno de única instancia).

16 Esta Corporación ha considerado que el dictamen del médico tratante reviste una alta importancia, en tanto “[E]s la persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicio (...). De manera que al juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar a dicho concepto, como quiera que es fuente de carácter técnico primordial e idóneo, para lograr establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante en aras a restablecer o mejorar su estado de salud.” (Cfr. T-001 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1016 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis).

17 T-764 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

18 Folio 34 del cuaderno de única instancia.

19 Allega certificación expedida por la contadora pública Luisa Fernanda Tovar Cortés, que da cuenta de los sueldos recibidos de la sociedad inversiones Sabel S en C.

20 En el mismo sentido lo indicó esta Corporación en la sentencia T-265 de 2004, M. P. Alvaro Tafur Galvis: “En efecto, no tuvo en cuenta la sentencia de primera instancia, que para este caso específico la relación entre el accionante y la empresa accionada se rige por las normas de los contratos de derecho privado y es por ende con recursos igualmente privados que se prestan los servicios derivados del contrato de medicina prepagada, por lo que no es posible predicar de ellas un recobro ulterior frente al Fosyga.”