

Sentencia T-931/10

DERECHO A LA SALUD-Caso en que EPS niega autorización para práctica de cirugía bypass gástrico por laparoscopia por cuanto médicos tratantes reportan falta de adherencia al tratamiento, no seguir recomendaciones dietéticas y no practicar ejercicio

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR CIRUGIA DE BYPASS GASTRICO POR LAPAROSCOPIA-Línea jurisprudencial en torno a su procedencia

MEDICO TRATANTE-Concepto del médico tratante no adscrito a la EPS resulta vinculante

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

Referencia: expediente T-2744618

Acción de tutela interpuesta por Dora Leonor Jaramillo Lozano contra Comfenalco EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos por el Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo - Valle y por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Cali- Valle, en el trámite de la acción de tutela incoada por la señora Dora Leonor Jaramillo Lozano contra Comfenalco EPS.

I. ANTECEDENTES.

La señora Dora Leonor Jaramillo Lozano, interpuso acción de tutela contra Comfenalco EPS al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud.

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos.

1.1 La accionante es una persona de 40 años de edad, afiliada en calidad de beneficiaria a Comfenalco EPS, que afirma haber acudido en varias ocasiones a dicha entidad con el fin de dar solución al problema de obesidad que padece -obesidad tipo 2-, siendo sometida a consultas de medicina general y a diferentes clases de dietas y ejercicios sin obtener ningún resultado.

1.2 La accionante comenzó a padecer otro tipo de enfermedades asociadas a su obesidad como apnea del sueño, astralgias de rodillas, lumbalgia mecánica, incontinencia urinaria, e hipertensión arterial, que le dificultan el desarrollo de una vida digna, por lo cual acudió a valoración por parte de médico bariátrico particular.

1.3 Como resultado de la mencionada valoración, el Dr. Rafael Arias diagnosticó a la actora obesidad tipo 2 severa, IMC de 39 kg/m<sup>2</sup>, con falla a múltiples tratamientos, ordenando la realización de Bypass gástrico por laparoscopia.

1.4 La señora Dora Leonor Jaramillo Lozano solicitó a Comfenalco EPS la realización del Bypass gástrico por laparoscopia, la cual fue negada por la entidad accionada indicando que no resulta pertinente la ejecución de dicha cirugía por cuanto a la señora Jaramillo Lozano se la han brindado los servicios médicos requeridos en el tratamiento de su patología, sin que se haya logrado una adecuada continuidad en la atención por la inasistencia y falta de adherencia de la paciente a las recomendaciones y controles posteriores necesarios.

Por ello, Comfenalco EPS invitó a la accionante a iniciar y continuar el programa de manejo de obesidad de la EPS, para lo cual generó una cita con uno de los médicos especialistas de dicho programa.

1.5 La accionante agrega que es una persona que depende económicamente de su esposo, y no cuenta con los recursos suficientes para sufragar el costo de la cirugía ordenada por el especialista particular consultado.

1.6 Por lo anterior, la peticionaria solicita tutelar sus derechos a la salud y a la vida digna, y en consecuencia se ordene a Comfenalco EPS practicar el tratamiento quirúrgico Bypass Gástrico por laparoscopia, así como toda la atención médica necesaria para el tratamiento de su enfermedad.

## 2. Contestación de la solicitud de tutela

2.1. La apoderada judicial de Comfenalco EPS, se opuso a las pretensiones de la tutela apoyándose en los siguientes argumentos:

La actora se encuentra afiliada a Comfenalco EPS dentro del régimen contributivo, en calidad de beneficiaria, entidad que desde el año 1997 diagnosticó obesidad a la accionante, la remitió a control, pero solo asistió a citas de nutrición en 1999, 2002, y 2004, sin regresar a control.

En 2007 la accionante asistió a acondicionamiento físico y nuevamente abandona manejo médico hasta junio de 2008, fecha en la que fue valorada por médico de riesgo cardiovascular a quien la paciente solicitó remisión a cirugía de Bypass gástrico.

El médico cardiovascular identificó factores de alimentación y actividad física que promueven su obesidad y desconocimiento de las implicaciones que conlleva un procedimiento quirúrgico, por lo que fue remitida al programa de obesidad, pero la actora no regresó.

Durante las valoraciones de marzo, septiembre y noviembre de 2009 la accionante solicitó cirugía de Bypass gástrico, pero los médicos tratantes reportan falta de adherencia al tratamiento, no sigue recomendaciones dietéticas, y no hace ejercicio.

La entidad accionada resalta que el Dr. Rafael Arias, quien ordena la cirugía de Bypass gástrico, no es un médico adscrito a Comfenalco EPS.

En este sentido, verificando la historia clínica de la actora, se observa que la paciente no es adherente a los planes de control de obesidad ofertados por Comfenalco valle EPS. La paciente requiere intervención de manejo médico supervisado que no ha adelantado, y para la cual la entidad accionada coloca a su disposición el equipo de manejo no quirúrgico de la obesidad compuesto por medicina interna, medicina física y rehabilitación, psiquiatría, nutrición, psicología y deportólogo.

La actora no requiere la cirugía solicitada toda vez que es una paciente joven de 40 años clasificada en obesidad moderada, no mórbida, caso en el cual si ameritaría cirugía.

En la actora no hay evidencia de práctica de tratamiento médico supervisado para control de la obesidad, por lo cual no se han agotado todas las alternativas terapéuticas no quirúrgico (incluyendo el uso de métodos especiales para el control de esta patología).

La cirugía solicitada por la peticionaria es un método altamente invasivo, anti fisiológico, con riesgos de complicación y muerte intra y post operatorios que se deben evaluar, por lo cual dicho procedimiento se reserva, según la asociación colombiana de obesidad, para los casos de pacientes con obesidad mórbida (IMC mayor a 40). Además, incluso en los pacientes que van a ser sometidos a dicha cirugía es necesario realizar previamente un programa de intervención en modificación de los hábitos que conducen al problema de obesidad a fin de garantizar el éxito de la misma.

Por tanto, la cirugía de Bypass gástrico es la última opción a considerar en pacientes a quienes ya se han agotado todas las alternativas de tratamiento médico, con mayor razón en pacientes que no padecen obesidad mórbida ni comorbilidades que incrementen el riesgo clínico, como es el caso de la accionante en quien la cirugía bariátrica representaría un mayor riesgo de morbi-mortalidad que la propia enfermedad.

Por lo anterior, el Comité Técnico Científico de Comfenalco Valle conceptuó como no pertinente la realización de la cirugía de Bypass gástrico a la accionante, y le recomendó iniciar el manejo no quirúrgico de obesidad de la EPS durante el tiempo necesario para que con el concepto del equipo de evaluación de obesidad se valore la respuesta a tratamiento y se defina el manejo a seguir. Además, se han identificado problemas psiquiátricos que pueden tener influencia en la obesidad de la paciente, por lo cual se solicitó evaluación por psiquiatría.

Dicho equipo especializado es el encargado de guiar el proceso terapéutico en cada paciente

y considerar según cada caso la mejor alternativa incluyendo el tratamiento con medicamentos especiales para la reducción de peso o direccionarse hacia la opción quirúrgica de considerarse necesario.

Por tanto, la entidad accionada deprecia no acceder a las pretensiones de la tutela, y subsidiariamente solicita que se le permita repetir el fallo adverso contra el Ministerio de Protección Social, con cargo a la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA.

### 3. Los fallos objeto de revisión

3.1 En primera instancia, mediante sentencia del 17 de febrero de 2010, el Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo- Valle resolvió conceder el amparo solicitado por considerar que en el caso concreto se cumplían los presupuestos jurisprudenciales establecidos para el efecto: i) que la paciente sufre una enfermedad (obesidad mórbida) que afecta su salud y calidad de vida, la cual no ha podido ser solucionada con las múltiples dietas que ha realizado, ii) el Bypass gástrico resulta indispensable para el tratamiento de dicha enfermedad, iii) la accionante carece de capacidad económica para asumir el costo del tratamiento, y iv) el tratamiento solicitado fue prescrito por un médico especialista en la respectiva patología y su concepto médico no fue desvirtuado bajo criterios científicos por la entidad accionada.

Por lo anterior, el juez de primera instancia decidió conceder el amparo solicitado, y en consecuencia ordenó a la entidad accionada informar a la peticionaria, por intermedio de un grupo multidisciplinario de especialistas, los beneficios, riesgos y consecuencias del procedimiento solicitado, y en el evento que la tutelante los aceptara, se procedería a realizar la cirugía de Bypass gástrico, garantizando todos los procedimientos y elementos necesarios para la recuperación de la actora.

3.2 Este fallo fue impugnado por Comfenalco EPS arguyendo que el a quo pasó por alto: i) que la accionante registra un IMC 39, es decir por debajo del límite de la obesidad mórbida, ii) que la actora no se adhiere a las prescripciones de los médicos de la EPS, y iii) que la afiliada no fue remitida por un médico adscrito a Comfenalco EPS.

Por lo anterior, la EPS insiste en que la paciente debe continuar el programa de obesidad antes de ser sometida al Bypass gástrico, cirugía que se encuentra excluida del POS, por lo cual de concederse el amparo solicitado, se debe otorgar a la EPS accionada la facultad de recobro ante el Fosyga.

3.3 La impugnación fue conocida por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Cali- Valle, el cual decidió revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar negar el amparo solicitado. Para fundamentar su decisión, el ad quem indicó que la accionante no le ha dado oportunidad a Comfenalco EPS para tratar su patología, por cuanto la actora no ha tenido adherencia a los tratamientos propuestos por Comfenalco, los cuales son alternativos a la cirugía solicitada, estableciéndose así que aún no se han agotado todos los procedimientos médicos.

Finalmente, el juez de segunda instancia agregó que la obesidad presentada por la actora es

una obesidad tipo dos, de conformidad con la tabla de clasificación adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

#### 4. Las pruebas allegadas al proceso

##### 4.1 La parte accionante allegó al proceso las siguientes pruebas:

- Derecho de petición dirigido a Comfenalco EPS en el cual se solicita la realización de la cirugía denominada Bypass gástrico por laparoscopia con uso de ligasure y sutura mecánica, ordenada por el Dr. Rafael Arias de la Clínica Valle de Lili. (fl. 6).
- Copia de la historia clínica de la accionante (fls. 11-21).
- Copia del oficio de 8 de enero de 2010, suscrito por Claudia Crespo, auditora clínica de Comfenalco EPS, mediante el cual se informa a la actora que el Comité Médico Científico de la EPS conceptuó no pertinente la realización de la cirugía ordenada por el Dr. Rafael Arias de la Clínica Valle de Lili (fl. 22-24).
- Resumen de historia clínica de la accionante en la clínica de la obesidad de la Fundación Valle de Lili, en la cual Dr. Rafael Arias indica que la paciente requiere tratamiento quirúrgico de obesidad con cirugía bariátrica, debido a la falla de tratamientos no quirúrgicos (fls. 25-26).

4.2 En sede de revisión esta Corporación consideró pertinente oficiar a Comfenalco EPS para que informara sobre los aspectos médicos del problema de obesidad de la accionante, así como para que proporcionara copia de la historia clínica de la actora.

Sin embargo, una vez vencido el término concedido, no se recibió respuesta al requerimiento efectuado.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia.

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución y 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar la sentencia del 18 de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Cali- Valle, mediante la cual se negó el amparo solicitado por la señora Dora Leonor Jaramillo Lozano, y modificó el proveído de primera instancia del 17 de febrero de 2010 decidido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo Valle.

### Presentación del problema jurídico

2. De conformidad con la situación fáctica planteada, corresponde a la Sala establecer si Comfenalco EPS vulneró derecho fundamental alguno de la señora Dora Leonor Jaramillo Lozano con su negativa a autorizar la realización de la cirugía denominada Bypass gástrico por laparoscopia con uso de ligasure y sutura mecánica, ordenada por el médico particular

Dr. Rafael Arias, adscrito a la Clínica Valle de Lili. Adicionalmente dentro del anterior problema jurídico subyace un cuestionamiento que debe abordar la Sala, el cual responde a la inclusión o no dentro del POS de la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia con uso de ligasure y sutura mecánica.

Para resolver esta cuestión la Sala reiterará su jurisprudencia sobre i) la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, ii) la procedencia de la acción de tutela para ordenar la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia, y iii) la vinculatoriedad del concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad demandada.

La protección constitucional del derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

3. Esta Corporación ha creado una abundante línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de raigambre fundamental<sup>1</sup>, de tal forma que le corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.<sup>2</sup>

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”<sup>3</sup> Esta definición responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de los demás garantías fundamentales<sup>4</sup>.

Así, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido la procedencia del amparo por vía de tutela de este derecho cuando se verifica la “(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.”<sup>5</sup>

Por lo tanto, la materialización del derecho fundamental a la salud exige que todas las entidades que prestan dicho servicio, deben procurar de manera formal y material, la óptima prestación del mismo, en procura del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues, como se indicó, la salud compromete el ejercicio de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.<sup>6</sup>

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.7

Según lo ha expresado la jurisprudencia de la Corporación<sup>8</sup> 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)]”.<sup>9</sup>

Procedencia de la acción de tutela para ordenar la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia. Reiteración de jurisprudencia.

4. La Corte Constitucional ha emitido numerosos pronunciamientos en torno al problema de salud conocido como obesidad mórbida, su tratamiento por medio de la cirugía bariátrica de Bypass gástrico, y la procedencia de la acción de tutela para ordenar dicho procedimiento.

Sobre la patología de obesidad mórbida, esta Corporación ha indicado que “de acuerdo con las investigaciones médicas que se han adelantado en relación con este tema, la obesidad mórbida, en tanto es una enfermedad crónica y progresiva, vinculada a numerosas enfermedades crónicas asociadas, que llevan a una prematura incapacidad y mortalidad, es un padecimiento que, lejos de constituir un problema meramente estético, puede comprometer de manera grave no solamente la posibilidad de llevar una vida en condiciones dignas<sup>10</sup>, sino incluso la existencia misma del afectado”<sup>11</sup>

Durante el trámite del proceso de revisión adelantado por esta Corporación con ocasión de la sentencia T-418/08, el Instituto de Medicina Legal expuso a esta Corporación las características de la patología conocida como obesidad:

“La obesidad se clasifica en grados según el Índice de Masa Corporal, IMC (Body Mass Index, BMI), que es el Peso (en kg) dividido por la Talla (en m<sup>2</sup>), establecido por L.A.J. Quetelet en Bélgica en 1835, según cita de Kral (2001). La publicación original de Quetelet, aparecida en 1842, ha sido reproducida en Obesity Research (Quetelet 1994).

La Organización Mundial de la Salud (OMS 1997) y los National Institutes of Health (NIH 1998) han adoptado el IMC como parámetro de obesidad.++

Tabla 1. Clasificación de la obesidad según el IMC

Obesidad

Clase

IMC

(kg/m<sup>2</sup>)

Normal

-

18,5 - 24,9

Sobrepeso

-

25,0 - 29,9

Obesidad

I

30,0 - 34,9

II

35,0 - 39,9

III

≥ 40

“Los riesgos de comorbilidad y mortalidad asociados con estas categorías se califican como “aumentados” en el rango de 25,0-29,9 Kg./m<sup>2</sup>, “moderados” en la Clase I, “severos” en la Clase II y “muy severos” en la Clase III (Kral 2001).

“Usualmente se denomina obesidad mórbida la correspondiente a un IMC ≥ 40. Pero en el Consensus Development Panel de los National Institutes of Health (NIH 1992) se acordó designar como “obesidad severa” aquella asociada con el más alto riesgo de morbilidad y mortalidad, con preferencia sobre “obesidad mórbida”, término que fue considerado de connotación redundante y peyorativa (Kral 2001). Sin embargo, en la práctica clínica generalmente se utilizan los términos así: obesidad mórbida IMC ≥ 40; obesidad severa 40.”<sup>12</sup>

El Bypass gástrico por laparoscopia es uno de los procedimientos utilizados por los

profesionales de la salud para el tratamiento de la obesidad, y como se expondrá a continuación, en numerosas ocasiones la Corte ha determinado que la no autorización de dicho procedimiento empeora las condiciones de vida de quienes padecen la aludida patología, en razón de las múltiples enfermedades que se derivan de ella o que se agravan en su presencia.

Esta Corporación ha consolidado toda una línea jurisprudencial en torno a la procedencia de la acción de tutela para ordenar la realización de la cirugía bariátrica de Bypass gástrico por laparoscopia. 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.,<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

En relación con el primer aspecto, la Sala se remite al acápite anterior y posterior, encontrando que en los casos de cirugía bariátrica, la Corte Constitucional ya ha fijado una serie de presupuestos que deben ser tenidos en cuenta.<sup>15</sup> 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;<sup>16</sup> (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,<sup>17</sup> y (iii) el respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno<sup>18</sup>”. 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.)(...)”.

En cuanto al segundo aspecto, encuentra la Sala, que la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado sobre la inclusión o no en el POS de las modalidades de la Cirugía Bariátrica al POS, específicamente la denominada By Pass Gástrico. En una primera etapa la Corte reconoció y ordenó la realización del Bypass gástrico apoyándose, principalmente, en las reglas generales sobre la procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios

médicos no incluidos en el POS19, pues se consideraba que la mencionada cirugía no se encontraba incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Sin embargo, a partir de la sentencia T-414/0820 se dio inicio a una segunda etapa dentro de la mencionada línea jurisprudencial.

En dicha sentencia, a raíz de las inquietudes planteadas en el proceso por el Ministerio de la Protección Social, relacionadas con la posible pertenencia al POS del procedimiento conocido como Bypass gástrico y la necesidad de resolver algunas dudas técnicas y científicas derivadas de la obesidad, la Corte solicitó a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a la Asociación Colombiana de Cirugía, que rindieran sus respectivos conceptos acerca de (i) cuándo se puede considerar una obesidad como mórbida; (ii) a qué hace referencia el término cirugía bariátrica; y (iii) si lo descrito en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, que hace referencia a las “DERIVACIONES EN ESTOMAGO” bajo el código 07630 Anastomosis del estómago; incluyendo gastroduodenostomía, gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estómago en Y de Roux, podían entenderse técnicamente como Bypass gástrico para cirugía bariátrica.

En atención a dicha solicitud, la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social, indicó que “en la Resolución No. 5261 de 1994 con códigos de 7630 y 7631 en el artículo 62, están descritos dos tipos de procedimientos de DERIVACIÓN GÁSTRICA por vía abdominal abierta o por laparotomía, como son las Anastomosis del estómago (astroduodenostomía, gastroyeyunostomía) y la Anastomosis del estómago en Y de Roux, los cuales se deben entender que están cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud para tratamiento de cualquier trastorno de salud siempre que a juicio del médico sea pertinente en cada caso y no estén dentro de las exclusiones señaladas en el artículo 18 de la mencionada Resolución. Sí bien, en dicho aparte se menciona como una de las exclusiones expresas en el POS a los tratamientos con fines de embellecimiento, sin duda alguna hay casos en los cuales, por una obesidad excesiva, la indicación de tratamiento quirúrgico trasciende lo estético por la necesidad mejorar funcionalmente a los pacientes con obesidad mórbidas y darles una mejor calidad de vida.”<sup>21</sup>

En el mismo sentido, la Superintendencia Nacional de Salud manifestó en relación con la terminología utilizada por el artículo 62 de la Resolución 5261 de 1994, lo siguiente:

“La resolución 5261 de 1994, que establece las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, no expresa taxativamente el procedimiento utilizando la expresión inglesa de By-pass gástrico pero sí estableció en su ARTICULO 62 las intervenciones quirúrgicas abdominales que como técnicas quirúrgicas se utilizan para realizar la derivación de estomago, como son:

“Anastomosis del estómago; incluye gastroduodenostomía con el código 07630

Anastomosis del estómago en Y de Roux Código 07631.

“Procedimiento que, como ya se mencionó anteriormente, SON LOS QUE SE UTILIZAN EN EL BYPASS GÁSTRICO...”<sup>22</sup>

Con base en dichos conceptos, la Corte logró establecer que los procedimientos definidos en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994 como “DERIVACIONES EN ESTOMAGO” bajo el código 07630 Anastomosis del estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estómago en Y de Roux, son aquellos procedimientos que se efectúan en la cirugía de Bypass gástrico, de tal forma que dicha intervención quirúrgica se debe entender como incluida en el POS.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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<sup>25</sup>. 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<sup>26</sup>.

De este modo, la Corte ha determinado que en principio el procedimiento del Bypass Gástrico por laparoscopia no pertenece al POS,<sup>27</sup> empero para la nulidad de este medio quirúrgico por parte de la EPS se le impone la obligación de demostrar que dicha modalidad de Cirugía Bariátrica no hace parte del POS, para que se trate como no incluido en el mismo. 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<sup>28</sup>. En otras palabras, “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”<sup>29</sup>.

5. Por lo anterior, resulta procedente la acción de tutela para lograr la protección del derecho a la salud. En efecto, esta Corte ha indicado que “tratándose de la negación o demora de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, puede acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección del derecho fundamental a la salud<sup>30</sup>. En efecto, como ha sido precisado en sentencias como la T-859 de 200331, uno de los eventos en los que es indiscutible la naturaleza fundamental del derecho a la salud es respecto de los mínimos prestacionales previstos dentro de los planes obligatorios de cada uno de los regímenes de salud –contributivo y subsidiado-, razón por la cual cuando tales mínimos son reclamados mediante la acción de tutela, no es necesario que el actor demuestre que existe conexidad entre la vulneración de su derecho a la salud con

otro derecho respecto del cual no exista debate sobre su carácter fundamental, como el derecho a la vida.

No obstante lo anterior, para que proceda la acción de tutela en tales hipótesis, es en todo caso necesario que el tutelante demuestre que el procedimiento o medicamento cuya práctica o suministro reclama ha sido formulado por su médico tratante inscrito a la respectiva EPS o EPS-S, y que esta última ha negado su práctica o suministro.”<sup>32</sup> (Subrayado fuera del original)

Adicionalmente, en razón al peligro y complejidad que conlleva la realización de la cirugía de Bypass gástrico, esta Corporación ha fijado ciertas subreglas que deben ser observadas en sede de tutela para ordenar dicho procedimiento. Dichas subreglas fueron señaladas en el numeral 4 de la parte motiva de esta providencia, indicándose allí los elementos que deben ser tenidos en cuenta para ordenar la realización de la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia por medio de la acción de tutela son:

Casos en que el concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad de salud demandada resulta vinculante.

6. Como regla general, los procedimientos, medicamentos o intervenciones que se reclaman ante las EPS deben ser ordenados por el médico tratante adscrito a la respectiva entidad prestadora de salud.

En efecto, esta Corte ha establecido que en razón a su saber especializado el médico tratante es la persona idónea para determinar cuál es el tratamiento a seguir frente a determinada patología<sup>33</sup>. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales el paciente considere que el diagnóstico y/o el tratamiento propuesto por el médico tratante no es el adecuado, el paciente puede acudir a una segunda opinión médica de origen particular o proporcionada por la propia EPS.

En la primera de estas hipótesis, el concepto del médico particular puede resultar vinculante para una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito “si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. 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”<sup>34</sup>

Por lo anterior, al negar un servicio médico, mal pueden excusarse las entidades de salud en que dicho servicio fue ordenado por un médico no adscrito a la entidad, pues en estos casos corresponde a la entidad promotora de salud valorar inmediatamente al paciente con los médicos y especialistas que pertenezcan a su planta de profesionales, a fin de que el concepto del médico particular sea confirmado, descartado o modificado bajo criterios técnicos y científicos brindados por el personal profesional adscrito a la E.P.S.

## Análisis del caso concreto

7. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte se discute si Comfenalco EPS ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante al no autorizar la realización de la cirugía denominada Bypass gástrico por laparoscopia con uso de ligasure y sutura mecánica, ordenada por el médico particular Dr. Rafael Arias, adscrito a la Clínica Valle de Lili.

La primera de las subreglas establecidas por la jurisprudencia de esta Corporación para ordenar por medio de la acción de tutela la realización de la cirugía de Bypass gástrico es “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” (supra 5).

Así mismo, tanto para procedimientos incluidos y excluidos en el POS, la Corte ha indicado que su realización debe estar precedida por una orden emitida por el médico tratante adscrito a la respectiva EPS.

En el caso concreto, la accionante solicitó la realización de la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia, la cual fue ordenada por un médico no adscrito a la EPS accionada. Por esta razón, para Comfenalco EPS surgió el deber de confirmar, descartar o modificar el procedimiento médico ordenado por el médico particular, con base en criterios técnicos y científicos provenientes de su planta de profesionales (supra 6).

Observando las circunstancias fácticas del caso particular se encuentra que ningún profesional de Comfenalco EPS ha ordenado a la accionante la realización del Bypass gástrico por laparoscopia, y por el contrario, ante la solicitud de autorizar la realización de dicho procedimiento con base en el concepto del Dr. Rafael Arias, adscrito a la Clínica Valle de Lili, Comfenalco EPS consideró no pertinente desde el punto de vista médico la cirugía solicitada por la actora.

En efecto, la Sala resalta que la negativa de Comfenalco EPS para realizar la cirugía solicitada no se justifica únicamente en que la orden fue emitida por un profesional ajeno a la EPS, sino que dicha negativa se apoya, principalmente, en la no pertinencia médica de la cirugía, de conformidad con la historia clínica de la paciente, es decir, la EPS Comfenalco se niega a realizar dicho procedimiento en razón a que existen otras posibilidades no quirúrgicas para el tratamiento de la enfermedad de la actora, de este modo la prestadora del servicio de salud no ataca la inserción o no del medio quirúrgico en el Plan Obligatorio de Salud. De acuerdo con las subreglas establecidas por esta Corporación la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia prima facie no es un procedimiento médico que se encuentra incluido dentro del POS, empero esto debe ser demostrado por la EPS, de modo tal que la accionada no desvirtúe la pertenencia de la cirugía bariátrica al Plan Obligatorio, es así como la Sala en virtud del principio de favorabilidad y la efectividad del derecho a la salud le dará a cirugía de laparoscopia el tratamiento jurídico de pertenencia al POS35. Por lo anterior la acción de tutela resulta procedente para lograr la protección del derecho a la salud.

Así, en el oficio de 8 de enero de 2010, suscrito por Claudia Crespo, auditora clínica de Comfenalco EPS (fl. 22-24) se informa a la accionante la no autorización del procedimiento solicitado, en los siguientes términos:

“Con fundamento en lo anterior (el historial médico de la paciente), el Comité Técnico Científico de Comfenalco Valle EPS conceptúa no pertinente la autorización de Bypass gástrico por laparoscopia, expedida por medico particular, pues como se puede demostrar en la historia clínica obrante, a través de su red prestadora adscrita, se le ha brindado a la señora Dora Leonor Jaramillo Lozano, los servicios que ha requerido, para el diagnóstico y tratamiento de que requiere, sin que se haya logrado una adecuada continuidad en la atención, por la inasistencia y falta de adherencia de la paciente a las recomendaciones y los controles posteriores necesarios.

Adicionalmente, le han identificado factores psicológicos asociados que contraindicarían el manejo quirúrgico de la Obesidad, por lo que requiere valoración y manejo por especialista en psiquiatría.

Comfenalco Valle EPS, con base en los criterios de la Sociedad Colombiana de Obesidad y Metabolismo y la normatividad legal vigente, le ofrece a la paciente los servicios necesarios para el tratamiento y manejo integral de su problema, a través del Programa de Manejo No quirúrgico de la Obesidad.

En este programa, con la intervención de todo el equipo de profesionales de la salud (médico, enfermera, nutricionista, psicólogo, especialista en acondicionamiento físico y trabajadora social), se identifican y manejan en el tiempo todos los factores que están promoviendo su problema de peso, para lo cual se requiere la participación y el compromiso responsable, activo y permanente de la paciente.

Los procedimientos quirúrgicos para manejo de obesidad, conforme lo demuestra la evidencia científica, solo se consideran cuando existe fracaso comprobado de un tratamiento médico previo supervisado y sustentado por equipo médico idóneo, pues se catalogan como cirugías mayores y tienen riesgos de complicaciones e incluso de muerte intra y post quirúrgico, además de producir efectos a largo plazo en la nutrición, que se tendrán que manejar durante toda la vida.

Todos los anteriores, son elementos de juicio que debe tener en cuenta el equipo de manejo interdisciplinario, antes de optar por una decisión quirúrgica, además de contar con una decisión responsable de la paciente para asumir todas las consecuencias que estos procedimientos conllevan.

Damos por respondida su solicitud y en nombre de Comfenalco EPS invitamos a la señora Dora Leonor Jaramillo Lozano a iniciar y continuar manejo en el programa de obesidad de la EPS, para lo cual hemos generado una cita de valoración con la Doctora Ana Sofía Viafara, médico especialista del programa, para que podamos brindarle la atención, con todo el equipo de profesionales adscritos, los exámenes paraclínicos, los tratamientos necesarios para recuperar y mantener su salud y la prevención de secuelas adicionales, dentro de los principios de universalidad, calidad y eficiencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud.” (cfr. fls23-24)

Como se observa, la negativa de Comfenalco EPS para no autorizar la cirugía de Bypass gástrico abunda en argumentos de carácter médico. En efecto, el principal motivo por el cual la entidad accionada no accede a la realización de la cirugía es que en el caso de la actora

aún no se han agotado todas las posibilidades clínicas no quirúrgicas para el tratamiento de la enfermedad, por cuanto la accionante no es constante en los tratamientos indicados por los galenos de la EPS.

No existe en el expediente elemento alguno que indique a esta Corte que en el caso de la accionante ya se han adelantado sin éxito todos los tratamientos médicos no quirúrgicos para la obesidad moderada tipo II que padece la actora.

Así, en el diagnóstico efectuado por el Dr. Rafael Arias, de la Clínica Valle de Lili, se indicó lo siguiente: “paciente con obesidad tipo 2 -severa-, IMC de 39kg/m<sup>2</sup>, con falla a múltiples tratamientos quien es candidato a Bypass gástrico por laparoscopia.”(cfr. fl 26)

La Sala resalta que el citado diagnóstico no cuenta con soporte probatorio, toda vez que al verificar la historia clínica aportada por la accionante los aludidos múltiples tratamientos no aparecen consignados, y por el contrario se observa que el 09 de noviembre de 2007 la actora fue remitida a “nutrición, acondicionamiento físico y resigo cardiovascular” (cfr. fl. 19), sin existir posterior evidencia de seguimiento a dicho tratamiento.

En este orden de ideas, la Sala concluye que no se encuentra demostrado que sobre la actora se hayan agotados los diferentes tratamientos médicos alternativos a la cirugía de Bypass gástrico, y es por esta razón que los profesionales médicos de la entidad accionada consideran que aún no es pertinente la realización del procedimiento solicitado, por cuanto la aludida cirugía conlleva altos riesgos y solamente debe ser utilizada como última alternativa para el tratamiento de la obesidad.

Por lo anterior, la Corte considera que en el presente caso no existe certeza ni claridad respecto a que la cirugía de Bypass gástrico, sea el medio idóneo para solucionar los problemas de salud de la accionante, por lo cual no se cumplen los requisitos jurisprudenciales señalados por esta Corporación para ordenar por medio de la acción de tutela la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia.

8. De otro lado, la Sala observa que en su respuesta, la entidad accionada indicó que la paciente “es asintomática, es una persona totalmente sana, no hay historia de comorbilidades (HTA, DM, dislipidemias, o Apnea del sueño) que asociadas con la obesidad representarían un riesgo inminente para la salud del paciente, ya que se incrementaría el riesgo de sufrir eventos coronarios.”

Sin embargo, observando la historia clínica de la actora, se constata que contrario a lo indicado por la EPS, existen múltiples anotaciones en las que se indica que la accionante ha sufrido síntomas de “artrosis de rodilla” (cfr. fl. 17) y dolor de los tobillos (cfr. fl. 11), enfermedades que pueden tener estrecha relación con el problema de obesidad de la accionante<sup>36</sup>, perjudicando el desarrollo de una vida en condiciones dignas para la actora.

Por esta razón, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Cali- Valle, mediante la cual se negó el amparo solicitado por la señora Dora Leonor Jaramillo Lozano, y en su lugar se tutelarán los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la accionante, ordenando a Comfenalco EPS que someta a la actora a una completa valoración médica por parte de un equipo médico multidisciplinario experto en obesidad,

compuesto por especialistas en medicina interna, medicina bariátrica, nutrición, psicología, psiquiatría, medicina del deporte, trabajo social, y medicina familiar. Dicho equipo multidisciplinario deberá emitir, en el trascurso máximo de un mes a partir de la notificación de esta sentencia, un informe en el cual se indique el tratamiento médico idóneo para el problema de obesidad de la accionante.

Una vez emitido el respectivo informe por parte del equipo médico multidisciplinario, Comfenalco EPS deberá iniciar de manera inmediata los tratamientos médicos indicados en el informe. Si eventualmente, el equipo de evaluación llegase a concluir que el tratamiento médico idóneo es la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia, Comfenalco EPS deberá realizar a la actora, de manera inmediata, dicho procedimiento, previo cumplimiento del deber de informar a la accionante, en forma clara y concreta, los efectos de la cirugía que se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse a la misma.

### III. DECISIÓN

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

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 18 de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Cali- Valle, mediante la cual se negó el amparo solicitado por la señora Dora Leonor Jaramillo Lozano, y en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la actora.

SEGUNDO: ORDENAR a COMFENALCO EPS que, en el trascurso máximo de un mes a partir de la notificación de esta sentencia, realice a la señora Dora Leonor Jaramillo Lozano a una completa valoración médica por parte de un equipo clínico multidisciplinario experto en obesidad, compuesto por especialistas en medicina interna, medicina bariátrica, nutrición, psicología, psiquiatría, medicina del deporte, trabajo social, y medicina familiar, el cual deberá emitir en el término de un (1) mes un informe en el que se indique el tratamiento médico idóneo para el problema de obesidad de la accionante.

TERCERO: ORDENAR a COMFENALCO EPS que una vez cumplida la orden contenida el resuelve segundo de esta sentencia se inicie de manera inmediata los tratamientos médicos indicados en el informe emitido por el equipo médico multidisciplinario experto en obesidad. Si eventualmente, el equipo de evaluación llegase a concluir que el tratamiento médico idóneo es la cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia, Comfenalco EPS deberá realizar a la actora, de manera inmediata, dicho procedimiento, con previo cumplimiento del deber de informar a la accionante, en forma clara y concreta, los efectos de la cirugía que se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse a la misma.

CUARTO: Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver, entre otras, sentencias T-016/07, T-173/08; T-760/08, T-820/08, T-999/08, T566/10.

2 Sentencia T-999/08.

3 Sentencia T-597/93; reiterada en la sentencias T-137 de 2003, T-454/08, T-566/10.

4 En este mismo sentido, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”. ” Subrayado por fuera del texto original.

5 Sentencia T-999/08.

6 Sentencia T-816/08.

7 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”.

8 Sentencia; T 838 de 2009

9 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.”

10 Los estudios médicos señalan sobre esta patología que “la morbimortalidad del paciente obeso es directamente proporcional al peso y tiene implicaciones económicas y sociales relacionadas con una pobre calidad de vida e incapacidad y mortalidad prematuras”. <http://med.javeriana.edu.co/publi/vniversitas/serial/v44n3/0026%20cirugia.pdf>. Sobre las enfermedades crónicas asociadas al diagnóstico de Obesidad Mórbida, en reciente pronunciamiento, se relacionaron las siguientes: “enfermedades cardiovasculares, de arterias coronarias, síndrome de apnea del sueño, hígado graso, osteoartritis, dislipidemia, intolerancia a la glucosa o diabetes, hiperturicemia, alteraciones menstruales, infertilidad y mayor frecuencia de cáncer de mama y de ovario (3veces), útero (5 veces), colon y próstata (3veces)”. Sentencia T-110 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

11 Sentencia T-110/07.

12 Así mismo, la Corte ha expuesto conceptos de especialistas en la materia en los cuales se indica que “la obesidad se torna mórbida o clínicamente grave cuando alcanza un punto en el cual eleva de manera significativa el riesgo de padecer una o más condiciones de salud o enfermedades graves relacionadas con ella, y, que son causa de una discapacidad física significativa o incluso la muerte. Siguiendo tal línea, esta enfermedad se ha definido como la condición en la cual la persona pesa 50 kg. o más por encima de su peso ideal o tiene un IMC de 35 (con enfermedades asociadas) o igual o superior a 40. Igualmente y de acuerdo con las fuentes consultadas, esta patología se caracteriza por ser crónica, es decir, que si no se trata adecuadamente sus síntomas se acumulan y empeoran.” Sentencia T-1057/08.

13 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.

14 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.

15 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.

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

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

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

19 En este sentido, ver las sentencias T-264/03, T-828/05, T-1229/05, T-1272/05, T-027/06, T-060-/06, T-265/06, T-384/06, T-469/06, T-867/06, T-110/07, T-408/07, T-447/07, T-639/07, T-725/07, entre otras. Los mencionados requisitos jurisprudenciales para ordenar medicamentos o tratamientos excluidos del POS son: “i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna.

ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

iii) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud -EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante.

iv) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, v. gr. contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados” Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-500/94, SU-819/99, T-523/01, T-586/02, T-990/02, y T-867/06.

20 En esa ocasión se revisó el caso de la señora Martha Elena Garzón Cubillos, a quien la EPS Saludcoop, no autorizaba la cirugía de Bypass gástrico puesto que el procedimiento no pertenecía al POS. Para la accionante, la cirugía era la única alternativa que le quedaba para controlar su obesidad ya que desde los 11 años inició su sobrepeso y desde esa época no había podido controlarla, lo cual le ocasionaba efectos colaterales, a pesar de que inició un tratamiento con fármacos el cual no dio los resultados esperados, razón por la cual su médico le ordenó la cirugía de Bypass gástrico.

21 Sentencia T-414/08

22 Ibídem.

23 En este sentido, está Corte ha aclarado que dicha postura aparece no por “un mandato arbitrario de la Corte ni un cambio en su jurisprudencia, sino por la claridad técnica que las instituciones especializadas dieron sobre el tema, ya que desde 1994 dicho procedimiento hace parte de la Resolución No. 5261 de 1994, artículos 62 con códigos de 7630 y 7631, y por tanto así debe entenderse.” Sentencia T-103/09.

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 Sentencia; T - 838 de 2009

26 Ibid.

27 Sentencia; T -406 de 2008, T- 112/08, T-384/06, T-060/06, T-264/03

28 Sentencia T 388/09

29 Ibíd.; Ratio Decidendi y Sub-regla Constitucional.

30 Sentencia T-085 de 2007.

31 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también la sentencia T-219 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

32 Sentencia T-372/08.

33 Sentencia T-1016/06.

34 Sentencia T-760/08.

35 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.

36 “La artrosis es un importante problema de salud, siendo la rodilla la localización más frecuente: el 30% de las personas mayores de 65 años tienen artrosis de rodilla. Existen factores en su aparición que no son modificables, como la edad y la genética, pero existe un factor muy importante que si es modificable que es el sobrepeso. Múltiples estudios científicos reportan la asociación de obesidad con artrosis, pero no solamente en las rodillas, sino en todas las articulaciones del cuerpo. Por ejemplo, el estudio Artrocad, de España, reporta que el 50 % de los pacientes con artrosis tienen obesidad.

Las personas que tienen un sobrepeso de un 20% tienen de 7-10 veces más riesgo de padecer artrosis de rodilla. Por lo tanto la pérdida de peso puede prevenir la enfermedad, y aliviar los síntomas, una vez que la artrosis ya se ha desarrollado.” Obesidad y Artrosis de rodilla. Mezcla fatal por el Dr. Juan Carlos Albornoz, disponible online en <http://www.tutraumatologo.com/obesidad.html>

