

Sentencia T-934/08

DERECHO A LA SALUD-Línea jurisprudencial establecida en la T-760/08

DERECHO A LA SALUD-Definición del concepto “requerir con necesidad” y requisitos

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Garantía de efectividad en el problema de salud pública de la obesidad mórbida

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para realizar la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia para la obesidad mórbida para un beneficiario del Sisbén

ACCION DE TUTELA-Atención integral al actor de todos los procedimientos previos y posteriores a la cirugía de bypass gástrico sin condicionarlo al pago de las cuotas moderadoras o copagos

La Entidad Cooperativa Solidaria de Salud “ECOOPSOS” debe brindar la atención integral que requiera el actor como procedimientos quirúrgicos, controles, medicamentos y evaluaciones previos y posteriores a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia, todo en aras de lograr el pleno restablecimiento de su salud y calidad de vida, según las precisas indicaciones del galeno tratante. En consideración a que el accionante no cuenta con los recursos necesarios para cancelar directamente el costo de la cirugía que requiere con necesidad y dada su situación familiar, se advierte a la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud “ECOOPSOS” que no podrá condicionar el cumplimiento de lo aquí ordenado al pago de cuotas moderadoras o de copagos, puesto que por esta vía no pueden crearse, en este caso, nuevas barreras para el acceso a los servicios de salud que requiere el tutelante.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1932331

Acción de tutela instaurada por Edilberto Puyo Figueroa contra Entidad Cooperativa Solidaria de Salud “ECOOPSOS” y la Secretaría de Salud Departamental del Huila.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de la Plata Huila, el 15 de febrero de 2008 y por la Sala Segunda de Decisión Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 14 de marzo de 2008.

I. ANTECEDENTES

El señor Edilberto Puyo Figueroa interpone acción de tutela contra la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud “ECOOPSOS” y la Secretaría de Salud Departamental del Huila por considerar vulnerados sus derechos a la vida, a la seguridad social, a la salud y a la dignidad humana.

1. Hechos

El accionante quien se encuentra afiliado a la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud -ECOOPSOS- a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud -Régimen Subsidiado-tiene 37 años de edad, pesa 136 kilogramos y mide 1.66 metros.

Padece de obesidad mórbida la cual tiende a incrementarse debido a que no tiene una vida productiva ni movilidad en su cuerpo a causa de un accidente que sufrió el 16 de septiembre de 1994 al caerle un vehículo en su espalda mientras lo arreglaba. Dicho accidente le generó como consecuencia un trauma dorso lumbar quedando con incapacidad a nivel sensorial teniendo que utilizar muletas, situación que lo imposibilita para realizar ejercicios.

En reiteradas ocasiones ha acudido a instituciones de salud, las cuales le han suministrado diversos tratamientos entre los cuales destaca los nutricionales sin obtener disminución de peso.

Considera que su vida se encuentra en peligro porque su imposibilidad de ejercitarse y la obesidad mórbida¹ que padece le vienen generando otras complicaciones a su salud, tales como la afectación del sistema respiratorio, problemas cardíacos, de hipertensión, artrosis de

rodillas y tobillos, apneas de sueño, la imposibilidad de tener un empleo para sustentar a sus hijos que dependen económicamente de él, todo lo cual puede desencadenar en la muerte.

A raíz del estado de salud descrito, el 23 de noviembre de 2007, solicitó a la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud "ECOOPSOS" le suministrara el tratamiento necesario para que se le practicara la cirugía de "by pass gástrico por laparoscopia" y todas las cirugías reconstructivas posteriores tales como dermo lipectomía abdominal, dermo lipectomía crural, dermo lipectomía flancos y dermo lipectomía branquial, así como el suministro de medicamentos y los tratamientos necesarios postoperación, servicios que le fueron negados² por no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S). Así mismo la entidad le comunicó la necesidad de acudir a la Secretaría de Salud Departamental del Huila para gestionar su reclamo.

Por lo anterior, solicita se ordene a las entidades accionadas practicarle la cirugía de "By Pass Gástrico por Laparoscopia" y todas las cirugías reconstructivas posteriores que sean requeridas según la prescripción médica, las que estima necesarias con el fin de evitar dificultades de movilización así como el suministro de los medicamentos y tratamientos postoperatorios, los cuales no puede sufragar pues "Soy padre de familia, respondo por mi hogar, tengo cinco (5) hijos que dependen económicamente de mi, además no cuenta con los recursos económicos para realizar la cirugía".³

2. Respuesta de las entidades accionadas

2.1. Entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS

El gerente seccional ASOMUSP luego de señalar que la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS es una Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado EPS-S, que cubre para sus afiliados el contenido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S consagrado en el Acuerdo 306 de 2005,⁴ afirmó que el accionante se encuentra afiliado a ECOOPSOS EPS-S, en el municipio de La Plata-Huila desde el 1º de abril de 1999 y que tiene derecho a recibir todos los servicios POS-S que requiera.

Por otro lado, señala que "antes de la realización de algún procedimiento quirúrgico para el manejo de obesidad mórbida, se requiere la inclusión a un Programa de Obesidad con interacción de especialidades médicas y evaluación por Dietética y Nutrición para corregir

trastornos metabólicos o malos hábitos alimenticios que contribuyen al exceso de peso y no hay evidencia que el paciente se haya acogido a un programa definido para este tipo de pacientes.”⁵

Indica que no existe certeza que el procedimiento quirúrgico que requiere el señor Edilberto Puyo Figueroa sea efectivamente el que deba llevarse a cabo para mejorar su estado de salud; sino que además, tanto ese como las demás cirugías que el actor a su criterio cree necesitar no se encuentran contempladas en el POS-S. A pesar de ello, asegura que aún cuando obrara prescripción médica al respecto este tipo de servicios NO POS-S deben ser garantizados por la Secretaría de Salud Departamental del Huila, tal como se le hizo saber al accionante cuando presentó derecho de petición. Lo anterior conforme lo establecido en la Ley 725 en su artículo 43-2.

Finalmente, y teniendo en cuenta que ECOOPSOS EPS-S no ha incurrido en ningún tipo de violación o amenaza a derecho fundamental alguno, solicita se declare improcedente la acción de tutela por carencia de objeto considerando no solo que i) el paciente no ha acudido a ECOOPSOS presentando prueba alguna de la necesidad de la intervención, sino que ii) a la luz de la normatividad vigente estos procedimientos no son de su competencia sino de la Secretaría de Salud Departamental del Huila, por lo que pide que se ordene a dicha entidad atender al afectado.

2.2. Secretaría de Salud Departamental del Huila

Por su parte la Secretaría de Salud Departamental del Huila informó al juez de instancia que dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, participan varias entidades, que tienen diferentes grados de competencia en la garantía de la prestación de servicios de salud dentro del sistema, las cuales son complementarias, a fin de garantizar el servicio público de salud a los colombianos, de conformidad a la legislación vigente.

Precisa que si el accionante es una persona afiliada a EPS-S ECOOPSOS dentro del régimen subsidiado de salud, es dicha entidad la encargada en primer lugar en garantizar la prestación de los servicios de salud requeridos por su afiliado. De lo cual colige que “queda claro que en el presente caso la ASEGURADORA debe actuar conforme a la ley, tratándose de un MEDICAMENTO ESENCIAL para el tratamiento de la enfermedad que padece su afiliado, está obligada a suministrarlo de manera OPORTUNA y reunir a su comité técnico-científico, si

es preciso citando al médico tratante, para que explique la necesidad del medicamento, elaborar el acta correspondiente para poder recobrar al FOSYGA los dineros que por ley le corresponden.”⁶

Asegura, que revisados los archivos de esta entidad, no se encontró solicitud alguna presentada por el accionante, ni sus familiares, para que se le autorizara la cirugía requerida. Así las cosas, agrega que la Secretaría de Salud en ningún momento ha violado los derechos fundamentales del señor Edilberto Puyo Figueroa, toda vez que no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, siendo imposible que dicha entidad realizara una acción u omisión que vulnerara los derechos fundamentales del peticionario.

Manifiesta que la Secretaría de Salud Departamental del Huila, no autoriza By Pass Gástrico al paciente de la referencia, se debe realizar Comité Técnico Científico para establecer la conducta médica que requiere el paciente. En suma solicita se exonere a la entidad gubernamental de cualquier responsabilidad frente a la posible violación de los derechos fundamentales del accionante, y por el contrario, se obligue a ECOOPSOS EPS-S a cumplir con las obligaciones que adquirió con el paciente.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Primera instancia

El Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de la Plata Huila, mediante providencia del 15 de febrero de 2008 tuteló los derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social del accionante y ordenó:

“SEGUNDO: Ordenase a la ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD ECOOPSOS, Seccional ASOMUSP que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ordene la convocatoria de un equipo de especialistas que definan si, después de un estudio multidisciplinario, el afiliado EDILBERTO PUYO FIGUEROA es candidato a someterse a la cirugía conocida como by pass gástrico por laparoscopia y las cirugías reconstructivas posteriores.

TERCERO: Ordenase a la EMPRESA COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD ECOOPSOS, Seccional ASOMUSP que ante la falta de capacidad económica del peticionario para asumir

los costos requeridos para trasladarse a la ciudad de Neiva y someterse allí a los procedimientos clínicos que sean ordenados por el equipo de especialistas, asuma el costo del desplazamiento del mismo hasta dicha ciudad cuando sea citado con ocasión de la patología que le aqueja.

CUARTO: Negar el amparo solicitado en relación con la Secretaría de Salud Departamental del Huila.”⁷

Fundamentó su decisión en que a pesar de que no existe dentro del plenario evidencia alguna que conduzca a la demostración de que i) la cirugía de By Pass Gástrico le hubiera sido prescrita al accionante por un médico adscrito a la entidad demandada, ii) que se trate de un tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; lo que sí se pudo demostrar, es que al resolver la solicitud de práctica de la cirugía de By Pass Gástrico, ECOOPSOS se limitó a direccionar al tutelante a la Secretaría de Salud Departamental del Huila sin ofrecerle la posibilidad de tratamiento mediante otra de las alternativas referidas en el escrito de contestación de tutela o de conformar al menos un equipo interdisciplinario de médicos y especialistas que atiendan el problema de obesidad mórbida que padece, pues así lo comprueban las fotografías acompañadas al escrito de tutela.

Respecto de la Secretaría de Salud Departamental del Huila negó la protección en razón a que como bien lo advierte el escrito de contestación, no se demostró que el demandante hubiera efectuado algún procedimiento a la misma y que ésta se haya pronunciado al respecto.

3.2. Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Segunda de Decisión Civil, Familia, Laboral, el 14 de marzo de 2008 revocó el fallo proferido por el a-quo, por considerar que la copia de la historia clínica aportada a la acción de tutela no revela en parte alguna que el accionante hubiera solicitado al menos consulta médica con la EPS-S, para manifestar la necesidad de apoyo médico relacionado con el problema de sobrepeso que le aqueja y menos que se le haya prescrito algún tipo de medicamentos, tratamientos o manejo de dicha patología, donde comunique que su vida está en eminente peligro.

Agregó que mediante la acción de tutela sólo puede brindarse protección respecto a violaciones presentes y actuales, o para prevenir amenazas ciertas y contundentes, pero de ninguna manera cabe la solicitud de amparo en relación con sucesos futuros e inciertos. Así las cosas, las pruebas deben anteceder al fallo y no ser posteriores a este.

1. Decretadas por la Corte Constitucional

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio al momento de decidir el asunto de la referencia, la Sala de Revisión mediante auto del 14 de agosto de 2008, decretó la práctica de pruebas. En este sentido, se ofició a la Gerencia Seccional ASOMUSP de la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS para que:

1. Remitera copia de la historia clínica del tutelante, frente a lo cual señaló:

R./ Nos permitimos manifestar que nuestra entidad no es una Institución Prestadora de Servicios de Salud, sino una Administradora de recursos del régimen subsidiado y por tanto la custodia de la Historia clínica del señor PUYO FIGUEROA reposa en las IPS a las cuales ha asistido a las diferentes valoraciones; para el acceso a la misma esta debe ser solicitada directamente por el usuario y/o por autoridad competente.

Cabe aclarar que en esta EPS-S sólo reposa el soporte correspondiente a la valoración por Cirugía Bariátrica practicado el día 3 de marzo de 2008 en la Clínica Medilaser de la ciudad de Neiva en cumplimiento al fallo en primera instancia expedido por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de La Plata, donde se requería el concepto médico que determinará si el señor Edilberto Puyo Figueroa era candidato a someterse a la Cirugía conocida como By Pass Gástrico por Laparoscopia y cirugías reconstructivas posteriores, el cual se adjunta. También reposa concepto de Evolución por la Especialidad de Gastroenterología del Hospital Universitario de Neiva emitido el día 13 de agosto de 2008, fotocopia del cual también se anexa.8

2. Indicara qué especialistas han tratado al accionante y qué tratamiento le está dando esa entidad al problema de obesidad mórbida que padece el citado señor.

R./ Teniendo en cuenta los soportes mencionados el paciente ha sido valorado por la

Especialidad de Cirugía Bariátrica de la Clínica Medilaser de Neiva y Gastroenterología del Hospital Universitario de Neiva, quienes consideran que el señor Puyo Figueroa es considerado candidato para realización de Cirugía Bariátrica, sin prescribir ninguna orden y/o manejo diferente.⁹

3. Rindiera informe, a través del médico tratante quien deberá indicar su especialidad y registro médico, a efectos de que justifique con claridad:

a.) Si la no realización del procedimiento denominado “Cirugía Bariátrica o By Pass Gástrico” en el caso señor Edilberto Puyo Figueroa pone en riesgo su vida.

b) Si dicha cirugía puede ser sustituida por otro tratamiento o procedimiento contenido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

c) Si el señor Edilberto Puyo Figueroa es candidato a “Cirugía Bariátrica o By Pass Gástrico”.

d) Qué otros procedimientos quirúrgicos requiere el señor Edilberto Puyo Figueroa para lograr la garantía efectiva de sus derechos a la vida y a la salud, y si los mismos ya fueron ordenados.

R./ Con relación a este punto, consideramos que los médicos tratantes que han valorado al señor Edilberto Puyo Figueroa, son las personas idóneas y responsables para rendir el informe correspondiente, toda vez que estos profesionales se encuentran adscritos a dichas IPS y tienen total independencia científica y laboral con nuestra entidad.

En respuesta a los literales del tercer ítem, respetuosamente, solicitamos sea solicitada ésta información directamente a las instituciones donde reposa la Historia Clínica del Señor PUYO FIGUEROA, esto es la Clínica Medilaser y Hospital Universitario de Neiva.¹⁰

2. Información suministrada por el accionante

El señor Edilberto Puyo Figueroa, remitió a esta Corporación el 22 de agosto de 2008 oficio a través del cual anexó i) fotocopia del formato de contrarreferencia y/o epicrisis expedido por el Hospital Universitario “Hernando Moncaleano Perdomo”, ii) fotocopia de la historia clínica consulta externa de la Clínica Medilaser de la ciudad de Neiva, documentos con los que a su juicio, “se demuestra una vez más, el problema que padezco y la solución planteada por

estas instituciones de salud.”¹¹

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Problema Jurídico

Corresponde determinar a la Sala si ¿en este caso, se viola el derecho a la salud de una persona beneficiaria del régimen subsidiado, que padece de obesidad mórbida y que tiene una expectativa de mejoría en su calidad de vida con la realización de una cirugía bariátrica por laparoscopia que le es negada por la entidad promotora de salud subsidiada EPS-S a la cual se encuentra afiliado, por estar dicho procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado?

1. Protección constitucional del derecho a acceder a los servicios que se requieran por las personas beneficiarias del régimen subsidiado de salud. Reiteración de las reglas jurisprudenciales aplicables

En la Sentencia T-760 de 2008¹², esta Corporación, reconstruyó de forma sistemática las reglas jurisprudenciales que en los diferentes escenarios constitucionales presenta el derecho a la salud, avanzando, dentro del marco que brinda la Constitución, en la identificación de los elementos que comportan el goce efectivo del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud.¹³

La ratio decidendi invocada por la Corte al resolver cada uno de los casos acumulados en la providencia citada, será en adelante, el canon normativo conforme al cual los jueces de tutela (individuales o colegiados) habrán de resolver los problemas jurídicos que en materia de derecho a la salud les sean sometidos a su consideración.

En este sentido, la reiteración como técnica de aplicación de la Constitución en casos rutinarios¹⁴ por parte de los funcionarios que ejercen jurisdicción constitucional cobra especial relevancia, en primer lugar, para el logro del fin esencial del Estado de garantizar de forma efectiva el derecho a la igualdad de trato de jurídico (art. 13 C.P.) de todas las personas que se encuentran en circunstancias fácticas similares a las analizadas en dicha providencia y en segundo lugar, por cuanto permiten a quienes acuden ante los jueces de tutela exigir de éstos la coherencia y consistencia que deben tener los fallos que resuelven

una solicitud de amparo constitucional. Como lo ha sostenido esta Corporación “en últimas, la Constitución Política es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales.”¹⁵

De esta manera, si ya la Corte Constitucional previamente a la interposición de la acción de tutela por una persona enferma afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en cualquiera de sus dos regímenes reclama la protección de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud cuyo goce efectivo tiene como una de sus facetas, acceder a los servicios que requiere, la única alternativa que tendría un juez de instancia para no aplicar la regla jurisprudencial fijada por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, so pena de violar el derecho a la igualdad de trato jurídico, la confianza legítima y la seguridad jurídica, es la de presentar razones claras, poderosas y suficientes que le permitan cumplir una estricta carga de argumentación en aras de justificar su decisión.

Una posición en sentido contrario, sería desconocer el alcance que tiene la función de revisión de los fallos de tutela que el propio Constituyente le entregó al supremo intérprete de la Carta y en consecuencia máximo órgano de la jurisdicción constitucional (art. 241-9 C.P.). Así, la decisión del funcionario judicial de optar a su suerte por la senda del capricho y la arbitrariedad habrá de generar las responsabilidades que implica violar la Constitución (arts. 6, 121, 122, 123 y 230 ibídem).

En aplicación de la técnica indicada, la Sala reitera que el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental cuya “tutelabilidad” está sometida a ciertas condiciones.¹⁶

Para tal fin habrá de determinarse el escenario constitucional en que actúa el derecho que en este caso, a la luz del problema jurídico planteado, se trata de la negativa de una Empresa Promotora de Salud Subsidiada¹⁷ de realizar a uno de sus afiliados una “cirugía de by pass gástrico por laparoscopia” que requiere. El argumento de la EPS-S es meramente reglamentario, es decir, que dicho procedimiento está excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S), por su parte el actor sostiene la carencia de recursos económicos para cubrir por sus propios medios dichos procedimientos quirúrgicos.

Conforme a la Sentencia T-760 de 2008 “a esta situación, requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará en

adelante, requerir con necesidad”¹⁸

El concepto de “requerir” se concreta en que: a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Por su parte, la noción de “necesidad” alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadas), y adicionalmente que el paciente no pueda acceder a lo ordenado por su médico tratante, a través de otro plan distinto que lo beneficie.

En este sentido, la regla aplicable, en el presente caso y que se extrae de la citada sentencia es aquella conforme a la cual una entidad de salud viola el derecho fundamental a la salud si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, cuando el servicio se requiera con necesidad, lo cual impone al juez de tutela restablecerlo, debiéndose resolver el caso entonces no con las reglas reglamentarias sino con la cláusulas constitucionales aplicables.

2. Garantía de la efectividad de los derechos a la salud y a la vida en el problema de salud pública de la obesidad mórbida. Requisitos específicos para su procedencia

La Corte Constitucional en múltiples oportunidades se ha visto obligada a hacer un análisis de constitucionalidad sobre la problemática que para pacientes con obesidad mórbida representa que las entidades promotoras de salud a las que se encuentran afiliados les nieguen el procedimiento de Bypass Gástrico por Laparoscopia, en tanto aducen que dicha intervención quirúrgica, está excluida del Plan Obligatorio de Salud tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, cuando pareciera ser que, conforme a los conceptos médicos, según cada caso particular, las patologías asociadas a esa enfermedad y la mala calidad de vida que deben afrontar quienes la padecen, podrían mitigarse con dicha cirugía.

Recientemente esta Corporación en la Sentencia T-414 de 2008¹⁹ reconstruyó la línea jurisprudencial que sobre este tipo de asuntos han elaborado las diferentes Salas de Revisión, la cual da muestra de la aplicación consistente y coherente de la ratio decidendi

que ha servido de argumento para resolver los problemas jurídicos propuestos a partir de cada situación fáctica, que dada su regularidad pueden considerarse como casos rutinarios.

En la providencia mencionada se refuerza la regla jurisprudencial aplicable en la solución de los referidos problemas jurídicos, en lo que al régimen subsidiado corresponde, que armonizada con lo establecido en la Sentencia T-760 de 2008,²⁰ permiten sostener, en primer lugar, que para la solución de este tipo de casos rutinarios, los jueces de tutela deben verificar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos para la procedencia de la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud y en consecuencia disponer la realización del citado procedimiento de Bypass Gástrico por Laparoscopia cuando se trata de un beneficiario del SISBEN.

Dichos requisitos generales hacen referencia a las reglas sobre la procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios médicos no incluidos en el POS-S, haciendo un especial énfasis en que la intervención quirúrgica no puede tener fines estéticos y que conforme a lo señalado en la Sentencia T-760 de 2008 se concretan en la noción “requerir con necesidad”, conforme se ha expuesto en esta providencia.

Respecto de los requisitos específicos la Corte estableció que por ser una cirugía de muy alto riesgo, invasiva y de alta peligrosidad,²¹ es necesario que se cumplan los siguientes requisitos para su realización, a saber:

- a. La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento;
 - b. El consentimiento informado del paciente, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de las ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo,
-
- a. El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.

Con fundamento en las anteriores premisas la Sala verificará si el accionante requiere el suministro de los elementos solicitados con necesidad.

Caso concreto

El señor Edilberto Puyo Figueroa es beneficiario del SISBEN razón por la cual ha de presumirse su falta de capacidad económica²² y conforme a las órdenes médicas que obran en el expediente está también acreditado²³ que su médico tratante ordenó la realización de una cirugía de By Pass Gástrico por Laparoscopia, con lo cual queda desvirtuado el argumento que soportaba tanto el fallo de primera como de segunda instancia.

De las pruebas allegadas al expediente la Sala colige: i) que el accionante requiere con necesidad el procedimiento quirúrgico que le fue negado sin justificación constitucionalmente válida por parte de la entidad tutelada y ii) que con esa conducta la EPS-S desconoció que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no consiste en la simple afiliación de una persona a una entidad sino en que los servicios que el usuario requiera le sean suministrados con calidad, eficacia y oportunidad.²⁴

En efecto, resulta reprochable la conducta de la Secretaría Departamental del Huila que en lugar de adoptar acciones eficaces orientadas a mitigar los efectos perversos que en la salud del actor tiene la no realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita, decidió simplemente informar al juez de tutela que quien debía responder era la entidad Cooperativa Solidaria de Salud "ECOOPSOS" la que obró de la misma manera aduciendo que el responsable por la suerte del accionante era la entidad territorial departamental.

El examen de cualquiera de las dos posiciones permite inferir que ninguna de las entidades consideró brindar oportunamente la atención reclamada por el tutelante y por el contrario, lo dejaron a la deriva desconociendo que dada su discapacidad física, el señor Puyo Figueroa es sujeto de especial protección por parte del Estado (art. 13 Superior) lo cual les imponía a los accionados desplegar la mayor actividad posible para garantizar de forma efectiva los derechos del actor a la salud y a la vida en condiciones dignas, realizándole el procedimiento quirúrgico que por demás ya había sido prescrito por el médico tratante.

Es constitucionalmente inadmisibles que existiendo una alternativa para mejorar las condiciones de subsistencia del accionante, los tutelados recurran a argumentos

infraconstitucionales para imponer barreras al acceso a los servicios de salud que éste requiere con necesidad. Los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud no pueden (art. 155 Ley 100/93) convertirse en meros observadores de los padecimientos de las personas afiliadas al mismo y por el contrario, deben ser diligentes para evitar que en casos como el presente, el accionante deba esperar indefinidamente a que alguna autoridad estatal, en este caso, la jurisdicción constitucional, haga realidad los contenidos constitucionales y garantice de forma efectiva sus derechos.

Cumplidas de esta manera las reglas que hacen procedente inaplicar las disposiciones legales y reglamentarias que fundamentaron la negativa de las entidades tuteladas, se revocarán los fallos objeto de revisión.

En consecuencia, se dispondrá, conforme a las reglas jurisprudenciales reseñadas en esta sentencia, que la entidad accionada previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita al accionante, lo someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministren al señor Puyo Figueroa la información pertinente de los beneficios, riesgos y demás efectos que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia. Una vez obtenido el consentimiento informado del paciente, la entidad promotora de salud dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes autorizará y gestionará la práctica del procedimiento el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

La Entidad Cooperativa Solidaria de Salud “ECOOPSOS” debe brindar la atención integral que requiera el actor como procedimientos quirúrgicos, controles, medicamentos y evaluaciones previos y posteriores a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia, todo en aras de lograr el pleno restablecimiento de su salud y calidad de vida, según las precisas indicaciones del galeno tratante. El Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de la Plata Huila deberá ser informado sobre el cumplimiento de esta providencia.

De otra parte, dada la situación de sujeto de especial protección del accionante, se dispondrá también que el Personero Municipal de la Plata Huila en cumplimiento de su función de “orientar e instruir a los habitantes del municipio en el ejercicio de sus derechos ante las

autoridades competentes o entidades de carácter privado”²⁵ brinde acompañamiento al señor Edilberto Puyo Figueroa en el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección constitucional, para lo cual se le remitirá copia del fallo.

En el mismo sentido, en consideración a que el accionante no cuenta con los recursos necesarios para cancelar directamente el costo de la cirugía que requiere con necesidad y dada su situación familiar, se advierte a la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud “ECOOPSOS” que no podrá condicionar el cumplimiento de lo aquí ordenado al pago de cuotas moderadoras o de copagos, puesto que por esta vía no pueden crearse, en este caso, nuevas barreras para el acceso a los servicios de salud que requiere el tutelante.

No obstante, se autorizará a dicha entidad para que repita contra la Secretaría de Salud del Departamento del Huila por los costos en que incurra en cumplimiento de esta orden de protección, precisando que dicho cobro sólo puede adelantarse por aquellos servicios que se encuentran por fuera del POS-S en los términos del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

IV. DECISIÓN

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

Primero.- REVOCAR las sentencias objeto de revisión dentro de la acción de tutela promovida por el señor Edilberto Puyo Figueroa y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud “ECOOPSOS”, que previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita al señor Edilberto Puyo Figueroa, lo someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas, liderado por el médico tratante, que le suministren la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la Cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia, para que éste manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente la EPS-S dentro de las cuarenta y ocho

(48) horas siguientes autorizará y gestionará la práctica de la intervención quirúrgica la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del galeno tratante.

De la misma forma, la entidad accionada está en la obligación, conforme a lo previsto en esta sentencia, de prestarle una atención integral en salud al tutelante (entiéndase consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de medicamentos, hospitalización, evaluaciones previas y posteriores a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico), lo cual le brindará una adecuada recuperación, conforme a las prescripciones que los médicos adscritos a la entidad accionada efectúen para tal fin.

Tercero.- INAPLICAR, para este caso concreto, las disposiciones legales y reglamentarias que fundamenten la negativa a autorizar la cirugía de Bypass Gástrico por Laparoscopia que requiere el accionante.

Cuarto.- Por Secretaría General remítase copia de esta providencia al Personero Municipal de La Plata Huila para los fines indicados en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto.- El representante legal de la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud "ECOOPSOS" informará al juez de primera instancia sobre el cumplimiento de lo ordenado en esta providencia.

Sexto.- DECLARAR que la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud "ECOOPSOS" le asiste el derecho a obtener el reembolso de lo gastado en cumplimiento de la orden emitida por la Sala. En consecuencia, podrá repetir contra la Secretaría de Salud del Departamento del Huila, en todo aquello que no esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, en los términos del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Séptimo.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 A folio 12 del expediente fueron adjuntadas tres fotografías que dan cuenta de la actual condición del accionante que coinciden con su relato.

3 Folio 3 del expediente.

4 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

5 Folio 46 del expediente.

6 Folios 42 y 43 del expediente.

7 Folio 64 del expediente.

8 Folio 23 del expediente.

9 Ídem

10 Ídem

11 Folio 11 del expediente.

12 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 12.

14 Sentencia T-505 de 2008.

15 Ibídem.

16 Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Consideración jurídica 3.2.2.

17 De conformidad con el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 “Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS).”

18 Consideración Jurídica 4.4.3.2.1.

19 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

21 Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22 Sentencia T-841 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

23 Folio 15 del expediente.

24 Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Consideración jurídica 4.4.6.

25 Cfr. Numeral 15 del artículo 178 de la Ley 136 de 1994.