REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012)

Aprobado por Acta No. 0082
Hora: 09:30 a.m

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por la Administradora de Agencia de CAFESALUD EPS-S, contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora **SANDRA PATRICIA PULGARÍN ROMÁN.**

2.- DEMANDA

En su escrito de tutela manifestó la señora **PULGARÍN ROMÁN** lo siguiente:

- Se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud, en el régimen subsidiado y por intermedio de la EPS-S CAFESALUD, desde el 04-01-02. Se trata de una paciente que presenta una presión muy alta y a sus 39 años pesa 110 Kg, por lo que su médico tratante le prescribió el procedimiento bypass gástrico, para de esa manera contrarrestar la problemática en su salud.

- Una vez realizados los exámenes resultó con cálculos en la vesícula, motivo por el cual tuvo que hacer las vueltas de las dos patologías. Por la primera de las mencionadas fue intervenida quirúrgicamente; sin embargo, se le negó el procedimiento de bypass, razón por la cual se vio obligada a interponer la acción de tutela en busca de la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la seguridad social.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Sometido el asunto al respectivo reparto, correspondió el conocimiento al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, despacho que admitió la acción contra la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda y la EPS-S CAFESALUD, entidades que hicieron uso del derecho de defensa en el siguiente orden:

(i) *La Secretaría de Salud Departamental de Risaralda* señaló que el procedimiento que se le ha prescrito a la paciente se encuentra incluido dentro del POS-S, no exactamente bajo la denominación de bypass gástrico, sino como "Gastroyeyunostomía Sod" y "Derivación Gastrointestinal en Y de Roux Soud", motivo por el cual, incluso citando jurisprudencia constitucional con referencia al punto, considera que debe ser autorizada por parte de la EPS-S CAFESALUD, mientras no tenga fines estéticos sino terapéuticos.

Por consiguiente solicitó al juez constitucional no autorizar recobro alguno por la atención integral que la aseguradora le preste a su afiliada ya que se trata de servicios incluidos en el plan de beneficios y con cargo a los recursos que la EPS-S administra a nombre de la afiliada.

(ii) Por su parte, la Administradora de Agencia de la *EPS-S CAFESALUD* adujo que en ningún momento esa entidad le negó el servicio a la señora **SANDRA PATRICIA**, simplemente al tratarse de un servicio no POS, su autorización estaba a cargo de la Secretaría Departamental de Salud Risaralda, lugar a donde la remitió, sin que ello implique una negación expresa.

Que en este caso deviene improcedente adelantar el trámite de solicitud al Comité Técnico Científico ya que la obligación de garantizar el acceso de los usuarios a los servicios no POS-S es del resorte de la Secretaría de Salud quien ha reconocido expresamente su obligación.

Por lo dicho considera que la acción de tutela impetrada contra esa entidad no puede tener acogida favorable por falta de legitimación en el extremo pasivo, debido a que el cubrimiento de los servicios que exceden el POS-S es responsabilidad del respectivo ente territorial.

3.2.- Una vez recibidas las respuestas de las entidades vinculadas y en el término constitucional, el juzgado de instancia decidió tutelar los derechos fundamentales a la salud, la dignidad humana y la seguridad social de la señora **PULGARÍN ROMÁN,** y le ordenó a la EPS-S CAFESALUD que en el término de tres (3) días siguientes a la notificación del fallo, disponga lo pertinente para que un grupo multidisciplinario de especialistas suministren información pertinente, clara y concreta sobre los pros y los contras de la cirugía de bypass gástrico; y luego de lo anterior, una vez la aludida ciudadana manifieste de manera libre y voluntaria su disposición de someterse al citado procedimiento (consentimiento informado), dentro de los dos días siguientes la Administradora de Agencia de la EPS-S CAFESALUD autorice y verifique que en un lapso máximo de 1 mes se realice el procedimiento de bypass gástrico ordenado por su médico tratante, como también los procedimientos y medicamentos que con ocasión de las dolencias que la afectan -*obesidad mórbida y colecistectomía*- llegue a requerir.

Acorde con lo expuesto, como el procedimiento ordenado se encuentra contemplado en el POS-S, aclaró que CAFESALUD no tendría derecho a recobro alguno por concepto de la cirugía ordenada; no obstante, autorizó a la EPS-S para que realizara el correspondiente recobro del 100% de los costos ante la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, en caso que esta

entidad llegue a suministrar atención en salud a la accionante que no esté contemplada en el POS-S.

4.- IMPUGNACIÓN

Una vez notificado el fallo y dentro del término oportuno, la Administradora de Agencia de CAFESALUD EPS-S presentó memorial por medio del cual sustenta su inconformidad con relación a la integralidad concedida, la cual a su modo de ver resulta exagerada por cuanto no aparece prueba o indicio alguno que indique cuáles servicios comprenderá el aludido tratamiento futuro.

De otra parte considera que si bien es cierto el bypass gástrico se encuentra contemplado en plan de beneficios para el régimen contributivo, la técnica requerida para su práctica (laparoscopia) no está incluida para ninguno de los regímenes, razón por la cual es una obligación que por disposición legal corresponde al ente territorial del ámbito departamental, distrital o municipal, según sea la complejidad del asunto, y para ello debe acudirse a su red de Instituciones Prestadoras del Servicio; por tanto, no es ella la responsable de la vulneración de derechos fundamentales.

Adicionalmente, manifiesta que de llegarse a mantener la orden de integralidad, aquella debe circunscribirse al diagnóstico específico que motivó la tutela; además, contener la autorización para el recobro por suministro de medicamentos y tratamientos excluidos del POS-S.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

5.1.- Problema jurídico planteado

Corresponde a esta Colegiatura evaluar el grado de acierto o desacierto que contiene la providencia dictada por el juez de primer nivel, y de acuerdo con la impugnación presentada establecer si en realidad fue errada la decisión del *a quo* en cuanto a ordenar a la EPS-S CAFESALUD el suministro del procedimiento bypass gástrico, como también los procedimientos y medicamentos que con ocasión a las dolencias que la afectan llegase a requerir la Señora **SANDRA PATRICIA PULGARÍN ROMÁN**.

5.2.- Solución a la controversia

Tal como lo expuso el juez de primer nivel, la acción de tutela que hoy es objeto de impugnación tuvo como pretensión principal la salvaguarda del derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de la señora **SANDRA PATRICIA PULGARÍN ROMÁN**, persona a la que se le estaba negando el acceso a los servicios de salud bajo el argumento de que el procedimiento reclamado no se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

A pesar de lo anterior el juez de primera instancia en el fallo de tutela fue claro en expresar porqué no le asistía razón a la EPS-S en sus argumentos, y porqué era necesario que respondiera por su obligación legal de prestarle el servicio a la usuaria, razones que esta Colegiatura comparte y reitera en este instante, entre otras cosas, por considerar que en efecto el bypass gástrico debe ser suministrado por la EPS-S CAFESALUD.

Es de reconocer que el debate surgido con ocasión de la responsabilidad en el suministro del procedimiento denominado bypass gástrico, no ha sido pasivo, y que incluso la H. Corte Constitucional ha ido moldeando paulatinamente su

interpretación[1], para en sus últimas providencias reconocer que se encuentra incluido en el POS Subsidiado y que por tanto la entidad promotora de salud debe procurar porque al cumplir con los protocolos necesarios, la persona pueda ser intervenida quirúrgicamente sin ningún tipo de inconveniente.

Así lo dijo en la sentencia T-0835 de 2010:

> "[…] Respecto al by-pass gástrico, es de recordar que esta Corte, desde la sentencia T-414 de abril 30 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, ha acogido reiteradamente un dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde se consideró que dicho by-pass sí se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud:
>
> *"… 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 estómago, como son:*
>
> *'Anastomosis del estómago; incluye gatroduodenostomía con el código 07630*
> *Anastomosis del estomago en Y d Roux Código 07631*
>
> *'Procedimientos que, como ya se mencionó anteriormente, son los que se utilizan en el By Pass gástrico'".*
>
> Por consiguiente, la realización del by-pass gástrico para la reducción de los excesos de peso y de masa corporal, en relación con la enfermedad de obesidad mórbida padecida por la señora Leonor Vargas González, sí está incluido en el POS, aunque bajo una denominación distinta, por lo cual la EPS-S debe autorizarlo y cubrir la totalidad de su costo.
>
> Así, esta Sala ordenará revisar o practicar, según sea del caso, los exámenes correspondientes, en orden a determinar la necesidad actual de efectuar las cirugías requeridas, **según lo determinado por los médicos tratantes y con cargo total a Caprecom EPS-S, sin la**

[1] Cfr entre otras las sentencias T-414 de 2008, T-037 de 2010, T-835 de 2010 y T-924-10.

> **posibilidad de que ésta repita contra el Fondo Nacional de Solidaridad, Fosyga, por cuanto los procedimientos quirúrgicos necesitados sí se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud**.[…]" -negrillas fuera de texto-

De igual manera, como bien lo expuso el juez de primera instancia, en la sentencia T-924 de 2010 el alto Tribunal reiteró:

> "[…] Acogiendo el pronunciamiento realizado en la Sentencia T-414 de 2008, reiterada en el presente fallo, con respecto a que la descripción dada en el artículo 62 de la Resolución No. 5261 de 1994, con códigos 7630 y 7631, corresponde a dos tipos de procedimientos de *DERIVACIÓN GASTRICA* por vía abdominal abierta o por laparotomía, los cuales técnicamente forman parte de la cirugía bariátrica de By Pass Gástrico para obesidad Mórbida, y su pertenencia al Plan Obligatorio de Salud, así como lo previsto en el Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009, expedido por la Comisión Nacional de Regulación en Salud (CRES), el cual entró en vigencia el pasado 1° de enero de 2010. Para esta Sala es claro que las Entidades Promotoras de Salud deben cubrir la totalidad del costo de la cirugía bariática, en los pacientes con obesidad mórbida que así lo requieran, por ser un procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud […]
>
> …En ese orden de ideas, la Sala procederá a ordenar a la EPSS demandada que, como no se evidencia la valoración por un grupo interdisciplinario de médicos que le hubiese explicado los riesgos y beneficios de la intervención quirúrgica que requiere la demandante, se realice una valoración a cargo de un grupo multidisciplinario de especialistas, quienes deberán suministrar información pertinente, clara y concreta, además de exponer los riesgos y beneficios que puedan generar en su salud y organismo, en un plazo no superior a las 48 horas.
>
> Una vez la señora María Betty Buriticá manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, es decir, cuando se haya obtenido el consentimiento informado de la paciente, la entidad promotora de salud, dentro de las cuarenta y ocho (48) 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 […]"

Como se puede ver, no es un desatino que el juez a quo le haya ordenado a la EPS-S CAFESALUD realizar la cirugía reclamada por la paciente en la acción de tutela, sin que para ello dispusiera recobro alguno, puesto que se trata de un componente incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

Por otro lado, reitera esta Sala que el tema relacionado con el tratamiento integral que nuevamente trae a discusión la EPS-S CAFESALUD, ha sido ampliamente debatido por esta Colegiatura y por la H. Corte Constitucional, sin que a la fecha exista variación alguna en la línea jurisprudencial, por lo que se mantendrá el criterio que hasta ahora ha sido acogido frente a lo siguiente:

- Suministro de tratamiento integral

En relación con el tema de las órdenes que emite el juez constitucional para que se suministre tratamiento integral a aquellos pacientes que tienen que recurrir a la acción de tutela como mecanismo para lograr el amparo de sus derechos y la continuación de un tratamiento médico, debe decirse que es una potestad cuyo ejercicio se hace indispensable en primer término para asegurar un adecuado manejo terapéutico de la condición que afecta la salud del usuario y, en segundo lugar, para dar cumplimiento a las obligaciones correlativas que el Estado Social de Derecho como garante del goce de las garantías que la misma Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen a sus asociados.

Por manera alguna puede considerarse a tal forma de proceder como una extralimitación de funciones del juez; por el contrario, de cara a su componente teleológico, constituye una opción válida para lograr que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud sean considerados como personas dignas y se les respeten sus prerrogativas al pleno goce de los derechos que le son inherentes, en especial, al diagnóstico, a recibir un

tratamiento continuo, oportuno, calificado y eficaz para paliar las alteraciones que sobre su salud recaigan.

En lo que hace con el específico reparo que contiene la impugnación, consistente en ordenar a la EPS-S CAFESALUD una serie de tratamientos y procedimientos carentes de coberturas por parte del plan de beneficios para el régimen subsidiado, es argumento que no puede ser atendido en esta instancia, dado que un proceder en tal sentido por parte del juez constitucional no ha hecho cosa diferente a seguir los lineamientos que al respecto se tienen, en especial, porque es imperativo que frente a una vulneración del derecho a la salud, se den los pasos necesarios para garantizar que esa situación no se vuelva a repetir, en aras de asegurar que la atención de salud que se preste, sea oportuna, eficaz y especialmente continua. Por demás, una posición como la esbozada, no es insular y por el contrario está debidamente sustentada por medio de las directrices que al respecto y en cumplimiento de los fines de la orden de atención integral se consignaron previamente, por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia T-398 del 24-04-2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra.

Por otro lado, debe reconocerse que con buen tino el *a quo* al referirse al tratamiento *integral*, incluyó aquellos servicios no contemplados en la cobertura POS que con ocasión de la patología tratada llegare a requerir el accionante. Lo anterior es a todas luces entendible, en atención a que la EPS-S debe cubrir todo aquello que su afiliado requiera esté o no dentro del POS, porque tiene a salvo los mecanismos legales para efectuar el respectivo recobro ante la Secretaría de Salud Departamental, por el 100% del valor de lo entregado, sin que sea necesario entonces realizar aclaración relacionada con el porcentaje del recobro, según lo solicita la representante de la EPS-S[2].

[2] Tal posición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 1438 de 2011 que derogó expresamente los literales (d) y (j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Así las cosas, conforme al análisis anterior, no puede compartir el Tribunal los argumentos de la impugnación de la entidad respecto al fallo de primera instancia, motivo por el cual lo avalará en su integridad.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela objeto de este proferimiento.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

El Secretario de la Sala,

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES