



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA
DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia
Accionante : Joesmith Cadena Varela
Presuntos infractores : Asmet Salud ESS EPS-S y Secretaría de Salud Departamental
Radicación : 2014-00250-01 (Interna 9242 LLRR)
Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira
Temas : Derecho a la salud – Baipás – Recobro Fosyga
Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA
Acta número : 527

PEREIRA, RISARALDA, CINCO (5) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL CATORCE (2014).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

2. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Manifiesta la accionante que fue diagnosticada con obesidad mórbida que llevada a junta quirúrgica el 03-09-14, evidenció la necesidad de ser sujeto de cirugía de Bypass gástrica, procedimiento que solicitó a Asmet Salud EPS ESE y que le fue negado en forma verbal. Expresa que es madre cabeza de familia y no cuenta con recursos económicos para cubrir los gastos de la cirugía por su propia cuenta (Folios 27 y 28, del cuaderno No.1).

3. LOS DERECHOS INVOCADOS

Señala la actora en su escrito que se le violan sus derechos a la salud y a la dignidad humana (Folio 28, ídem).

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Ordenar a la accionada: (i) La práctica del procedimiento quirúrgico de “*Bypass gástrico MAS y de Roux por laparoscopia*”; y (ii) Tratamiento integral (Folio 28, ibídem).

5. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

La acción correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, que con providencia del 08-09-14 la admitió y ordenó notificar a las partes (Folio 33, ib.). Fueron notificadas las accionadas y respondió la Secretaría de Salud Departamental (Folios 40 a 44, ibídem), así como la EPS-S (Folios 45 a 48, ídem). Para el día 22-09-14 se profirió sentencia (Folios 57 a 59, ib.) y como fuera impugnada por Asmet Salud EPSS, se envió a este Tribunal (Folio 77, ib.).

6. LA SINOPSIS DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Con fundamento en la sub reglas de la Corte Constitucional para servicios no POSS, tuteló el derecho a la salud de la actora y le ordenó a la EPS-S programar el procedimiento requerido por la accionante, extendiéndose al suministro de tratamiento integral que devenga de la cirugía de “*Bypass gástrico MAS y de Roux por laparoscopia*” (Folios 57 al 59, cuaderno de primera instancia).

7. EL RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Dice la EPSS Asmet Salud que los servicios requeridos por la accionante no se encuentran incluidos en el POS-S, pide revocar el fallo y que se ordene al ente departamental el cubrimiento de los servicios requeridos por la señora Cadena Varela; subsidiariamente, solicita que se autorice el recobro, bien frente a la Secretaría de Salud Departamental y/o el Fosyga (Folios 71 a 76, ídem).

8. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

8.1. La competencia funcional

Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta

a su consideración, por ser el superior jerárquico del Despacho que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

8.2. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, señora Joesmith Cadena Varela, es titular de los derechos fundamentales invocados y afiliada al régimen subsidiado en salud, a través de Asmet Salud EPSS.

Y por pasiva la EPSS ASMET SALUD, pues a ella se endilga la presunta conducta violatoria de los derechos fundamentales, cuya protección se reclama, además de ser ésta última la entidad afiliadora. Respecto a la Secretaría de Salud Departamental del Risaralda debe indicarse que no hay legitimación por pasiva, pues carece de obligación alguna frente a la prestación de un servicio de salud incluido en el POSS.

8.3. El problema jurídico a resolver

¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, que tuteló los derechos de la accionante, conforme al escrito de impugnación?

8.4. La resolución del problema jurídico

8.4.1. Los presupuestos generales de procedencia

La Corte Constitucional tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, indispensables para conocer de fondo las solicitudes de protección de los derechos fundamentales. Este último supuesto no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional¹; nótese que la última solicitud de servicios médicos data del 03-09-14 (Folio 26, del cuaderno No.1) y la tutela se presentó el 08-09-14 (Folio 32, ídem).

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios². Esta regla tiene dos (2) excepciones que

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-079 de 2010.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-162 de 2010. T-034 de 2010 y T-099 de 2008.

guardan en común la existencia del medio judicial ordinario³: (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

En el *sub lite* la accionante carece de otro mecanismo diferente a esta acción, para procurar la defensa de los derechos invocados, con delicado estado de salud y de bajos recursos económicos (Pertenece al régimen subsidiado). Así entonces, queda superado el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

8.4.2. La autorización de los procedimientos e insumos POSS

Se confirmará la sentencia impugnada, pero por las razones que enseguida se explican, en el entendido de que el servicio requerido está incluido en el POS-S, por ende resulta innecesario analizar las sub-reglas constitucionales para servicios no POS-S, como se hizo en primera instancia.

Tiene fijado la jurisprudencia constitucional que cuando se trata de procedimientos incluidos en el plan obligatorio de salud la directa encargada de su autorización y realización es la misma EPS o EPS-S, por lo que en este caso no puede la entidad de salud dejar de lado su responsabilidad legal, su función es prestar de manera inmediata el servicio requerido, sin mayores dilaciones ni requisitos. Y así el tratamiento se encontrara fuera del POSS, igual la EPSS sería la encargada directa de realizar el procedimiento con los recobros del caso.

Explica la Corte Constitucional que: “(...) la Corte reiteradamente ha sostenido que las EPS o EPS-S se encuentran en la obligación de proporcionar a los pacientes, en forma inmediata, el medicamento o tratamiento que el médico tratante formule, aun cuando el mismo no se encuentre cubierto por el POS, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos: (...)”⁴.

Obsérvese que la entidad inconforme, refiere que se hace necesario establecer si es ella la responsable de la atención de la paciente, o si por el contrario, es la Secretaría de Salud, en vista de que el procedimiento ordenado no se encuentra en el POS subsidiado.

Al respecto conviene señalar, que para la Sala no existe duda que el procedimiento que

³ T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-473 de 2012; MP: Mauricio González Cuervo.

reclama la actora (Baipás⁵ o “Bypass” gástrico) sí se encuentra dentro del POS-S, tal como lo ha reiterado, en innumerables fallos, la Corte Constitucional⁶, que se definió con precisión en la Resolución 5521 del año 2013 por la cual “(...) se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”, norma de aplicación en el *sub lite*, dada la unificación que trajo el Acuerdo 032 del año 2012 de la Comisión de Regulación de Salud de los planes obligatorio de salud tanto del régimen contributivo como de régimen subsidiado.

En efecto, por vía de jurisprudencia, ya la Alta Colegiatura, había esclarecido la inclusión en el POS-S, del baipás gástrico, anotó en su momento:

... esta Corporación amparó el derecho a la salud y ordenó la realización del bypass gástrico con fundamento en las reglas generales de procedencia de la acción de tutela para autorizar servicios médicos no incluidos en el POS⁷, por cuanto se consideraba que la mencionada cirugía se encontraba excluida del Plan Obligatorio de Salud.

No obstante, la sentencia T-414 de 2008 marcó un giro importante en la jurisprudencia de esta Corporación al establecer que el mencionado procedimiento quirúrgico estaba contemplado ya en el plan de beneficios obligatorios, aunque con otro nombre técnico. En dicho fallo, 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 5261 de 1994, podía entenderse técnicamente como bypass gástrico.

Con fundamento en las experticias rendidas la Corte pudo comprender que la llamada “Cirugía Bariátrica” es el término general que sirve para denominar el conjunto de procedimientos quirúrgicos usados para tratar problemas relacionados con el exceso de peso, siendo el bypass gástrico una de las operaciones más utilizadas.⁸

8.4.3. El recobro ante le Fosyga

En relación con el recobro a la Secretaría Departamental de Salud y/o al Ministerio de Protección Social y al Fondo de Solidaridad y Garantías, es criterio de la Sala Civil-

⁵ Diccionario de la Real Academia Española. Consultado en línea; esta es la escritura castiza de la voz inglesa bypass, según el DRAE en su edición 23ª.

⁶ Ver las sentencias T-229 de 2012, T-354 de 2011, T-270 de 2011 y T-931 de 2010, entre otras.

⁷ En este sentido, ver las sentencias T-264 de 2003, T-828 de 2005, T-1229 de 2005, T-1272 de 2005, T-027 de 2006, T-060 de 2006, T-265 de 2006, T-384 de 2006, T-469 de 2006, T-867 de 2006, T-110 de 2007, T-408 de 2007, T-447 de 2007, T-639 de 2007, T-725 de 2007, entre otras.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-861 de 2012; MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

Familia⁹⁻¹⁰⁻¹¹ y la Penal para Adolescentes¹² de esta Colegiatura, que el Juez de tutela no debe generar ni definir controversias ajenas a las relacionadas directamente con derechos fundamentales; por lo tanto, no es necesario un fallo de tutela que lo autorice para poderlo efectuar o reclamar. En el mismo sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema, frente a la derogatoria del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por parte de la Ley 1438¹³. Recobro que de todas maneras no procede por cuanto el procedimiento hace parte del POS-S.

9. LAS CONCLUSIONES FINALES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores se confirmará la decisión confutada, aunque por motivos jurídicos diferentes a los expuestos en primer grado y con la adición de desvincular a la Secretaría de Salud Departamental.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, EN SALA DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA,

1. CONFIRMAR la sentencia del día 22-09-2014 del Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad.
2. ADICIONAR el fallo para desvincular a la Secretaría de Salud Departamental del Risaralda.
3. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
4. REMITIR este expediente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 02-04-2013; MP: Jaime Alberto Saraza Naranjo, expediente No.2013-00010.

¹⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 15-08-2014; MP: Duberney Grisales Herrera, expediente No.2014-00182-01.

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 02-10-2014; MP: Duberney Grisales Herrera, expediente No.2014-00187-01.

¹² TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala No.7 de Asuntos Penales para adolescentes. Sentencia del 28-05-2014; MP: Claudia María Arcila Ríos, expediente No.2014-00043-01.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-727 de 27-09-2011; MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

CLAUDIA MA. ARCILA RÍOS
MAGISTRADA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO

DGH / DGD / 2014