

Sentencia T-142/14

CIRUGIA PLASTICA RECONSTRUCTIVA CON CARACTER FUNCIONAL-Caso en que EPS dilatan la práctica de procedimientos quirúrgicos prescritos por médicos tratantes, por considerar los procedimientos como estéticos

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS O NO CONTEMPLADOS EN LOS PLANES OBLIGATORIOS DE SALUD-Reglas y procedimiento

CIRUGIA PLASTICA RECONSTRUCTIVA CON CARACTER FUNCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional en diversa jurisprudencia ha reiterado que cuando se demuestre que una cirugía de carácter estética, se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o con miras a impedir afecciones psicológicas que permitan a la persona llevar una vida en condiciones dignas, es procedente su realización a través de las EPS, siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera. El juez de tutela debe demostrar que el tratamiento aparentemente cosmético solicitado, posee en realidad un propósito funcional, que proporciona al peticionario un bienestar emocional, social y psíquico. En razón, a que las Entidades Promotoras de Salud solo están obligadas a garantizar la prestación de estos servicios cuando está en riesgo la salud, la vida e integridad de la persona y puede costearlos por su cuenta.

DEBER DE GARANTIZAR EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD LIBRE DE TRAMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ENGORROSOS E INNECESARIOS

La Corte Constitucional ha manifestado que el tramite establecido para solicitar servicios médicos, no pueden convertirse en obstáculos, para que los afiliados y/o beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en salud, puedan acceder a los mismo, teniendo en cuenta, que “(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y

de la entidad de aseguramiento correspondiente.” En especial, se ha considerado que se irrespete el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad (...).”.

CIRUGIA PLASTICA RECONSTRUCTIVA CON CARACTER FUNCIONAL-Orden a EPS realizar cirugía ordenada por médico tratante y en caso que la cirugía sea brindada en una ciudad diferente a la del domicilio de la accionante, prestar el servicio médico de manera integral

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Orden a EPS emitir una valoración médica para establecer respecto de la accionante, si el procedimiento quirúrgico es necesario para la recuperación integral

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Orden a EPS realizar una valoración psicológica y física a fin de determinar en qué medida los colgajos o exceso de piel que presenta en su cuerpo el accionante afectan su salud psíquica, emocional y social

Referencia: expedientes T-4101475, T-4102522 y T- 4112589.

Acción de tutela instaurada por Ana Leonor Olascuaga Garrido contra Nueva EPS (T-4101475), Gloria Edith Pérez Díaz contra Comfandi EPS (T-4102522), y por Carlos Hernán Hurtado Murillo contra Servicio Occidental de Salud EPS (T- 4.112.589).

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena (T-4.101.475); el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Santiago de Cali y el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali (T- 4.102.522); y Juzgado Tercero Civil Municipal de Santiago de Cali y el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali (T- 4.112.589).

La Sala de Selección Número Diez, mediante auto del treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013), decidió acumular los expedientes de la referencia, por presentar unidad de materia, para que sean fallados en una misma Sentencia; disposición que considera pertinente la presente Sala de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1.1. Expediente T-4101475

Hechos

1. La señora Ana Leonor Olascuaga Garrido de cincuenta y tres (53) años de edad, se encuentra afiliada a la Nueva EPS, en calidad de cotizante.
2. El dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011) le fue diagnosticado HI PERTROFIA MAMARIA, PTOSIS GRADO II, MAMAS CON FLACIDEZ, enfermedad que le ocasiona molestia, dolor en la espalda y mala postura, motivo por el cual, su médico tratante le ordenó el procedimiento quirúrgico denominado mamoplastia de reducción bilateral para disminuir tensión muscular para vertebral.
3. El día veinte (20) de junio de dos mil once (2011) presentó derecho de petición ante la Nueva EPS, solicitando le explicaran los motivos de constante aplazamiento de la cirugía referida, a lo que le manifestaron el nueve (09) de noviembre de dos mil once (2011) que “ el 21 de septiembre de 2011, se le autorizó la cirugía de mamoplastia de reducción por CTC, sin embargo a la fecha nos encontramos (sic) realizando los trámites administrativos, de contratación para realizar los procedimientos de cirugía plástica, ya que en la actualidad no contamos (sic) con este servicio en la ciudad de Cartagena”.

Solicitud de Tutela

Con fundamento en los hechos narrados y en las pruebas aportadas al expediente, la

señora Ana Leonor Olascuaga Garrido solicitó le sean tutelados sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, que considera vulnerados por parte de la Nueva EPS, al dilatar la práctica del procedimiento quirúrgico prescrito por el médico tratante, debido a trámites administrativos internos que son ajenos a ella. En consecuencia, solicitó al juez lo siguiente:

“(..) TUTELAR a favor de ANA LEONOR OLASCUAGA GARRIDO, CON MEDIDA CAUTELAR en 48 horas, los derechos constitucionales fundamentales invocados, ordenándole a la NUEVA EPS realizar la cirugía de MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN BILATERAL pues las condiciones de movilidad en la actualidad, siguen empeorando y dañando cada día mi (sic) calidad de vida”

Traslado y contestación de la demanda

Asumido el conocimiento de la acción de tutela por parte del Juzgado Undécimo Civil Municipal de Cartagena, se ordenó notificar mediante oficio del cuatro (04) de marzo de dos mil trece (2013) a las partes, para que ejercieran su derecho de defensa.

Vencido el término para pronunciarse, la Nueva EPS guardó silencio.

Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia de cédula de la ciudadanía de la señora Ana Leonor Olascuaga Garrido. (Folio 9)
- Copia de consulta médica donde se refiere el diagnóstico de “aumento de mamas de tamaño grado III ptosis mamaria grado III y se solicitan órdenes para mamoplastia de reducción bilateral”. (Folio 8)
- Copia de orden médica, donde se prescribe el procedimiento quirúrgico “mamoplastia de reducción, reconstrucción del complejo areola pezón incluye la transposición de pezón y reconstrucción con colágeno injerto o tatuaje y la toma del injerto o unilateral ” (Folio 12)
- Solicitud y justificación del procedimiento quirúrgico denominado mamoplastia de reducción Bilateral a la Nueva EPS. (Folio 7)

- Copia de la autorización de la cirugía de mamoplastia de reducción Bilateral. (folio 4)
- Copia de la respuesta al derecho de petición. (Folio 5)

Decisiones judiciales objeto de revisión

El Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, mediante fallo del quince (15) de marzo de dos mil trece (2013), decidió NO TUTELAR los derechos fundamentales a la vida y salud de la accionante, al considerar que dichos derechos no se encontraban en peligro, señalando así mismo, que respecto al derecho de petición, la entidad accionada dio respuesta concreta y de fondo, por lo que independientemente de que la respuesta no diera aceptación a todo lo solicitado, mal haría el despacho en conceder la acción de tutela.

1.2. Expediente T- 4102522

Hechos.

1. La señora Gloria Edith Pérez Díaz de cuarenta y nueve (49) años de edad, se encuentra afiliada a Comfandi EPS, en calidad de beneficiaria.
2. Relata la accionante que hace varios años le fue practicada una cirugía de peritonitis, procedimiento que se ha deteriorado y ocasionado eventraciones, ya que no le colocaron en aquel momento una malla, porque según los médicos si la colocaban no podía tener hijos.
3. Debido a ello, su calidad de vida se ha visto afectada, pues presenta dolor abdominal en forma permanente y no resiste la presión de ninguna prenda de vestir.
4. Por lo anterior, su médico tratante le ordenó el procedimiento quirúrgico denominado reconstrucción de pared abdominal con malla, cirugía que fue negada por Comfandi EPS, bajo el argumento de que se trataba de una cirugía cosmética, que se encontraba por fuera del POS, y por ende, debía ser la paciente la responsable del costo total del tratamiento solicitado.
5. Sin embargo, el dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013) la accionante presentó

derecho de petición, solicitando la autorización de la cirugía referida, solicitud que fue nuevamente negada bajo los mismos argumentos.

Solicitud de tutela

La señora Gloria Edith Pérez Díaz considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida y a la salud por parte de Comfandi EPS, al no autorizar el procedimiento quirúrgico denominado reconstrucción de pared abdominal con malla prescrito por su médico tratante, y que le ha ocasionado un desmejoramiento en su calidad de vida, debido a los fuertes dolores que presenta. En consecuencia:

“(…) se ordene a EPS SOS COMFANDI que preste los servicios médicos que requiero ABDOMINOPLASTIA CON MEDIO DE ACCESO PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE PARED ABDOMINAL CON MALLA, la cual debe practicarse con sutura horizontal, así mismo pidió que se ordene en forma inmediata a la EPS SOS COMFANDI que me preste los servicios accesorios y posteriores al procedimiento enunciado.”

Traslado y contestación de la demanda

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Santiago de Cali, mediante oficio del veinticuatro (24) de junio de dos mil trece (2013), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos materia de la presente acción, y para que en el mismo término allegue las pruebas y documentos relacionados con la reclamación de la accionante.

Comfandi EPS

El tres (03) de julio de dos mil trece (2013), la señora Leidy Johana Bolaños Araujo, en calidad de apoderada judicial de esta entidad, y en ejercicio de su derecho de defensa, solicitó declarar improcedente la presente acción de tutela, al considerar que la EPS ha garantizado los servicios del Plan Obligatorio de Salud POS y las actividades de promoción y prevención a la señora Gloria Edith Pérez Díaz.

Respecto a las diferentes solicitudes elevadas por la accionante indicó:

En el caso de esta paciente la corrección de las eventraciones es un procedimiento POS, por

lo tanto la autorización para la realización de este procedimiento ya se encuentra en estado impreso para su realización en la clínica amiga.

(...)

Desde otra perspectiva, es preciso indicar que para el presente caso, el otro tratamiento solicitado ABDOMINOPLASTIA, se encuentra excluido del POS, pues es un procedimiento estético y cosmetológico, el cual no presenta ninguna relación directa para el manejo de la patología, pues la ausencia de dicho procedimiento, no vulnera la vida ni la pone en peligro. Agregó que el caso fue llevado al Comité Técnico Científico, pero este negó la solicitud, por cuanto se trata de una exclusión del POS, y por tratarse de un procedimiento con fines meramente estéticos, que no generan ningún cambio sobre la salud ni la funcionalidad de la paciente.

Frente al manejo integral de los procedimientos solicitados señaló que la peticionaria pretende que un juez Constitucional, le autorice todos los servicios médicos y medicamentos que llegare a necesitar, solicitud que va en contra de lo establecido por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta, que la acción de tutela no es un medio para prevenir hechos futuros e inciertos.

Ministerio de la Protección Social- FOSYGA-

La entidad vinculada contestó fuera de término, motivo por el cual el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Santiago de Cali, no tuvo en cuenta su pronunciamiento.

Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la señora Gloria Edith Pérez Díaz (folio1)
- Fotocopia del derecho de petición (folio 2 y3)
- Fotocopia de la respuesta al derecho de petición, en la cual, le es negado el procedimiento solicitado por ser de carácter estético. (folio 4)
- Fotocopia de la historia clínica de la señora Gloria Edith Pérez Díaz, donde se observa “paciente quien presenta múltiples eventraciones en el abdomen remitida por cirugía

general, quien sugiere la abdominoplastia con medio de acceso para reconstrucción de pared abdominal con malla". (Folio 5 al 19)

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera Instancia

Mediante fallo del cuatro (04) de julio de dos mil trece (2013), el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Santiago de Cali, denegó la acción de tutela, al considerar que no se cumple con todos requisitos fijados por la Corte Constitucional para amparar procedimientos quirúrgicos NO POS, como lo son las cirugías estéticas, pues si bien, el tratamiento fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, y no cuenta con los recursos económicos para sufragar el costo del mismo como lo manifestó en el escrito de tutela[1], no se cumple con el segundo requisito, que hace referencia a que la falta del tratamiento excluidos POS amanecen los derechos fundamentales de la accionante, ya que de acuerdo al contenido de la historia clínica, no se constituye en una situación de urgencia la realización de la intervención, por cuanto no pone en riesgo inminente su vida.

Impugnación

El diecisiete (17) de julio de dos mil trece (2013) la señora Gloria Edith Pérez Díaz impugnó el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal presentando una prescripción médica por parte de la doctora Marcela Patiño Mejía especialista en cirugía plástica y unas fotos de su abdomen.

Segunda Instancia

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, mediante fallo del doce (12) de agosto de dos mil trece (2013), resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión del Ad-quo, al estimar que si bien el procedimiento denominado abdominoplastia con medio de acceso para la reconstrucción de pared abdominal con malla, le fue prescrito, la profesional de la salud no justificó que la intervención debe tenerse como funcional y no como un procedimiento estético o cosmetológico, para que fuera procedente la tutela.

Expediente T- 4112589

Hechos

1. El señor Carlos Hernán Hurtado Murillo de treinta y nueve (39) años de edad, se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, en Servicio Occidental de Salud SOS EPS, en calidad de cotizante.
2. En el año dos mil doce (2012) le fue practicada una cirugía de Bypass Gástrico a través de Servicio Occidental de Salud SOS EPS. Dicho procedimiento quirúrgico le ocasionó una gran pérdida de peso (38 Kg. de peso), motivo por el cual, su médico tratante lo remitió con la doctora Carol Baptista Serrano (cirujana plástica) quien determinó “paciente con alteración de piel en brazos muslos mamas por aparición de flacidez, deformidad de abdomen” diagnosticando lipodistrofia, sin prescripción médica.

Solicitud de tutela

El señor Carlos Hernán Hurtado Murillo solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, y en consecuencia:

Que se realice todos los exámenes y que sean ordenadas todas las órdenes necesarias para el procedimiento de Abdominoplastia circunferencial (...)

Igualmente solicito que la tutela sea de manera integral e incluya insumos medicamentos, exámenes cirugías posteriores, hospital en casa de ser necesaria, terapias, etc.

Ordenar como medida provisional que Servicio Occidental de Salud SOS EPS autorice de manera inmediata e integral los procedimientos de abdominoplastia circunferencial.”

Traslado y contestación de la demanda

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Santiago de Cali, mediante oficio del veintitrés (23) de julio de dos mil trece (2013), resolvió admitir la acción de tutela y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que informe sobre los hechos materia de la presente solicitud, así mismo para que ejerciera su derecho de defensa y presente todos los documentos y pruebas que pretenda hacer valer en esta acción.

Mediante el mismo auto, se dispuso vincular al Ministerio de la Protección Social- FOSYGA-,

para que se pronunciara sobre los hechos de la presente acción de tutela, así como negar la medida provisional por cuanto los hechos no dan cuenta de la urgencia e impostergabilidad del procedimiento médico solicitado.

Servicio Occidental de Salud SOS EPS

La señora Carolina Beltrán Ospina en calidad de apoderada judicial de esta entidad, solicitó en su escrito de contestación, declarar improcedente la presente acción de tutela, en atención a la información suministrada por el área de auditoria, quienes con base en conocimiento especializado y en la historia clínica de la paciente determinaron “la condición de la usuaria no produce alteración funcional, por tanto se considera netamente estético, además el procedimiento de abdominoplastia circunferencial, se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud”. Agregó, que en la historia clínica se puede evidenciar que el cirujano bariátrico, doctora Baptista y médico tratante de la paciente, le explicó a la misma que el procedimiento era innecesario y los riesgos que puede acarrear.

Por lo anterior, y con base en que (i) el procedimiento solicitado es de naturaleza estética, conforme a las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud; (ii) no hay evidencia clínica de que la no realización de la abdominoplastia genere riesgo para la salud o vida de la accionante; y, (iii) que la solicitud del mismo, fue remitido al Comité Técnico científico, quienes no autorizaron su práctica, considera la EPS, que los procedimientos solicitados no puede ser autorizados.

Respecto a la atención integral indicó, que la misma se funda en una mera posibilidad, por lo cual se considera que no existe razón objetiva, contundente, cierta, por la cual se pueda inferir que se están amenazando los derechos fundamentales del tutelante, siendo estos hechos futuros, inciertos, insostenibles, no claros.

Ministerio de Salud y Protección Social

Luís Gabriel Fernández Franco actuando en calidad de Director Jurídico de esta entidad manifestó que el procedimiento abdominoplastia circunferencial se encuentra excluido del anexo 2 del Acuerdo 29 de 2011 “por medio del cual se sustituye el acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”

En cuanto a la atención integral adujo que dicha pretensión es muy genérica, por lo que se hace necesario que el paciente o su médico tratante, precise, cuáles son los medicamentos y procedimientos requeridos, a fin de que la entidad pueda determinar si se encuentran o no incluidos en el Plan Obligatorio de salud, para así ejercer de manera concreta y efectiva su derecho de defensa, advirtiéndole que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y pretender protección a futuro, pues desbordaría su alcance .

En consecuencia, solicitó al juez de tutela que en caso de que la acción de tutela prospere, se abstenga de hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la facultad de recobro ante el FOSYGA, para que de esta forma las EPS utilicen los mecanismos legales y administrativos establecidos para tal fin.

Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia de cédula de ciudadanía del señor Carlos Hernán Hurtado Murillo (folio 1)

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

Mediante fallo del cinco (05) de agosto de dos mil trece (2013), el Juzgado Tercero Civil Municipal de Santiago de Cali, negó el amparo Constitucional tras analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y señalar que la acción de tutela es un mecanismo diseñado para lograr la eficacia y la protección de los derechos fundamentales, siempre y cuando estos se encuentren amenazados o vulnerados por el Estado, sus agentes o por particulares, casos en los cuales, se debe acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, situación que no se presenta en el caso de estudio, toda vez que el procedimiento solicitado es un tratamiento cosmético, según el criterio médico emitido por la doctora Baptista, quien determinó que el requerimiento solicitado obedece a un procedimiento estético.

Impugnación

El señor Carlos Hernán Hurtado Murillo impugnó el fallo de primera instancia, manifestando que, solicita la cirugía de abdomen por no contar con los recursos económicos para sufragarla.

Segunda instancia

El Juzgado Once Civil del Circuito de Santiago de Cali, mediante fallo del nueve (09) de septiembre de dos mil trece (2013) confirmó la decisión del Ad-quo argumentando que no se demuestra que el procedimiento reclamado por el tutelante afecta los derechos fundamentales alegados, ya que no existe prescripción médica, por el contrario hay manifestación del médico tratante, en la que señala, que el tratamiento requerido no es funcional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico y planteamiento del caso

Expediente T-4101475

La señora Ana Leonor Olascuaga Garrido padece hipertrofia mamaria grado III, motivo por el cual, su médico tratante le ordenó el procedimiento quirúrgico denominado mamoplastia de reducción bilateral; cirugía que a pesar de haber sido autorizada por la Nueva EPS, no ha sido realizada, según en respuesta al derecho de petición presentado el veinte (20) de junio de dos mil once (2011) porque a la fecha se encuentran realizando los trámites administrativos, de contratación para realizar los procedimientos de cirugía plástica, ya que en la actualidad no cuentan con este servicio en la ciudad de Cartagena.

El Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena negó la protección Constitucional incoada por la accionante, al considerar que de las pruebas allegadas al expediente, no se evidencia vulneración alguna de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la peticionaria.

Expediente T-4102522

A la señora Gloria Edith Pérez Díaz le fue prescrito por su médico tratante, especialista en cirugía plástica, el procedimiento denominado abdominoplastia con medio de acceso para la reconstrucción de pared abdominal con malla, que según se vio, incluye el procedimiento de eventraciones y de abdominoplastia. Procedimiento quirúrgico que fue negado por parte de Comfandi EPS en la forma como lo ordenó el médico, aduciendo que se trataba de una cirugía estética.

La EPS accionada, en su escrito de contestación aclaró que el procedimiento de corrección de la eventraciones, ya se encuentra autorizado e impreso para su realización en la clínica amiga, situación diferente ocurre con el otro tratamiento solicitado y denominado abdominoplastia, pues es un procedimiento estético, excluido del Plan Obligatorio de Salud, el cual no presenta ninguna relación directa para el manejo de la patología de la paciente.

Al respecto, el Juez de primera instancia negó la acción de tutela al considerar que, no se cumple con todos requisitos fijados por la Corte Constitucional para amparar procedimientos quirúrgicos NO POS, como lo son las cirugías estéticas, pues de acuerdo al contenido de la historia clínica, no se constituye en una situación de urgencia la realización de la intervención, por cuanto no pone en riesgo inminente su vida, además, las múltiples eventraciones fueron la causa de las constantes consultas, y son estas las que aquejan realmente a la accionante, por lo que el procedimiento para superar dichas molestias se encuentra autorizado.

Expediente T-4112589

Al señor Carlos Hernán Hurtado Murillo le fue diagnosticado una alteración de piel en brazos, muslos y mamas, debido a la gran pérdida de peso de obtuvo después del baypass gástrico realizado a través de la EPS accionada, motivo por el cual, la Dra. Baptista le ordenó la realización del procedimiento quirúrgico denominado lipodistrofia, cirugía que le permitiría tener una vida digna.

Servicio Occidental de Salud EPS indicó que el procedimiento solicitado es de naturaleza estética, conforme a las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, que no hay evidencia clínica que infiera que la no realización de la abdominoplastia genere riesgo para la salud o vida de la accionante, y además, el Comité Técnico científico negó su

autorización.

El juez de primera instancia negó el amparo constitucional, argumentando que el procedimiento solicitado es un tratamiento estético, según el criterio médico emitido por la doctora Baptista, quien determinó que el requerimiento solicitado obedece a un procedimiento estético. Decisión que fue confirmada por el fallo de segunda instancia, al considerar que el procedimiento reclamado por el tutelante no afecta los derechos fundamentales alegados, ya que no existe prescripción médica, por el contrario hay manifestación del médico tratante, en la que indica, que el tratamiento requerido no es funcional.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala Octava de Revisión, resolver los siguientes problemas jurídicos:

- En el expediente de tutela T-4.101.475, la Sala establecerá si la Nueva EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la accionante, al no realizarle el procedimiento quirúrgico denominado mamoplastia de reducción bilateral, autorizado y ordenado por el médico tratante, por no contar con este servicio en la ciudad de Cartagena.
- En el expediente de tutela T- 4.102.522 la Sala determinará si Comfandi EPS desconoció los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la accionante al negarle el procedimiento denominado abdominoplastia ordenado por su médico tratante, por ser un tratamiento con fines estéticos que no presenta ninguna relación directa para el manejo de la patología que presenta.
- En el expediente de tutela 4.112.589, la Sala comprobará si Servicio Occidental de Salud EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Carlos Hernán Murillo Hurtado, al no autorizar los procedimientos quirúrgicos requeridos, pues según la historia clínica las condiciones que presenta el paciente no le genera limitaciones para su funcionalidad o riesgo para su salud futura, por lo que el procedimiento solicitado es de carácter estético.

En procura de proteger los derechos fundamentales de los (as) accionantes, procederá esta

Sala a examinar los criterios establecidos por esta Corporación respecto a (i) el derecho a la salud, (ii) acceso a medicamentos, tratamientos y/o procedimientos médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, (iii) las cirugías plásticas reconstructivas con fines funcionales, (iv) los trámites administrativos no pueden ser un obstáculo para acceder a servicios médicos y, (v) estudio del caso concreto.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 49 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, servicios que serán prestados en atención, a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Precepto constitucional, que ha sido desarrollado por esta Corporación, que en un principio lo conceptualizado como un derecho prestacional y económico, pues para ser protegido a través de la acción de tutela se debía demostrar su estrecha conexión con el derecho a la vida.

Poco tiempo después, la Corte Constitucional indicó que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental – la vida – pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad – sino que es en sí mismo fundamental[2]. Posición que permite hoy en día, proteger el derecho a la salud en si mismo, como un derecho fundamental.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconoce en el artículo 12, parágrafo 2 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; así, como las medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho, entre las que encontramos “a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

De igual manera, la Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, recordó 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”.

Así mismo, la Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, estableció que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[3]

Está Corporación ha estimado que, una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado. Es por este motivo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC), puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección.

Dando alcance a lo referido anteriormente, encontramos la Sentencia T- 1182 de 2008, en la que se estudió el caso del señor Jacinto Martínez Morales, que consideraba vulnerados sus derechos fundamentales a la vida y a la salud debido a que la EPS accionada le negó la autorización para una cita con un especialista. En esta oportunidad la Corte Constitucional amparó el derecho fundamental a la salud del accionante, al considerar que “la negativa de la autorización para la realización de la cita con un médico especialista vulnera el derecho

al diagnóstico del peticionario, parte integrante del derecho a la salud. Además, la Sala encuentra que se cumplen todos los requisitos que ha señalado esta Corporación para otorgar, por vía de tutela, un procedimiento excluido del POS.”

Acceso a medicamentos, tratamientos o procedimientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud

En desarrollo de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 48 y 49, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, en virtud de la cual, se crea el sistema de seguridad social integral, y se establece en el libro II, las disposiciones generales del Sistema General De Seguridad Social En Salud, señalando como objetivo de dicho sistema el de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención[4].

La norma referida estableció que todo Colombiano participará en el servicio público esencial de salud, contemplando para su financiamiento y administración dos regímenes de afiliación: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago, los cuales contarán con un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud.

Si bien la legislación y la reglamentación del sistema de salud, estableció que, con el propósito de salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud se crea el Plan Obligatorio de Salud, al cual se encontrarán sujetas las Entidades Promotoras de Salud (EPS), dicha regla no es absoluta, pues la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que, para negar un tratamiento o medicamento que no se encuentre dentro del Plan Obligatorio de Salud, se debe estudiar el caso concreto, y bajo conceptos científicos o médicos determinar si procede o no el suministro del mismo, en atención a la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud, pues negar el insumo de servicios médicos por no estar contemplados en el POS, atenta directamente contra dicho derecho.

Partiendo de esta posición, la Corte Constitucional en sentencia SU-480 de 1997, estableció los presupuestos necesarios para inaplicar las normas que regulan la exclusión de

procedimientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud –POS-S-:

1. “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
2. “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
3. “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.
4. “Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” [5]

Es de resaltar que si bien, por regla general es el médico adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, el que puede prescribir un servicio, tratamiento o procedimiento de salud con el fin de tratar las enfermedades que presente su paciente. Esta postura tiene su excepción al tenor de la Corte Constitucional que ha indicado “la prescripción presentada por un paciente de un médico no adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliado, no debe ser rechazada o descartada de manera instantánea bajo el argumento de que dicho profesional no pertenece a la Entidad Prestadora de Salud, puesto que puede resultar vinculante para la EPS, si la entidad tiene conocimiento del concepto emitido por el médico particular y no lo descarta con base en información científica”, y genera el deber de la EPS de pronunciarse sobre el diagnóstico del médico externo, lo cual trae como consecuencia la necesidad de garantizar el derecho al diagnóstico. Esta garantía consiste en la obligación de las EPS de pronunciarse mediante razones médicas y científicas, sobre la necesidad de procedimientos médicos.

En Sentencia T-595 de 1999, este Tribunal señaló:

“[L]a exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez Constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

Por lo tanto, la prestación del servicio a la salud deberá ser proporcionada de manera integral y continua, atendiendo los supuestos de hecho que motivan la interposición de la acción de tutela, los conceptos clínicos emitidos y los requisitos que esta Corte ha dispuesto para inaplicar las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud -POS-S-.

Cirugías plásticas reconstructivas con fines funcionales

Las entidades promotoras de salud del régimen contributivo y subsidiado, prestan sus servicios bajo los parámetros establecidos en la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, que definió, aclaró y actualizó el Plan Obligatorio de Salud (POS), dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011 y a la orden décimo séptima de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

Los artículos 129 y 130 de la cita resolución, establece que (i) las cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética, o suntuaria; (ii) las cirugías para corrección de vicios de refracción por razones estéticas y, (iii) los tratamientos nutricionales con fines estéticos, son servicios médicos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

El artículo 8°, la Resolución 5521 de 2013 realizó una distinción entre cirugía estética o de embellecimiento y la reparadora o funcional, así:

“8. Cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento: Procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin

efectos funcionales u orgánicos.

9. Cirugía plástica reparadora o funcional: Procedimiento quirúrgico que se practica sobre órganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la función de los mismos, o para evitar alteraciones orgánicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congénitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo.”

Indicando en su artículo 39 todos aquellos tratamientos reconstructivos, que tengan finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante, se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud.[6]

La Corte Constitucional en diversa jurisprudencia ha reiterado que cuando se demuestre que una cirugía de carácter estético[7], se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o con miras a impedir afecciones psicológicas que permitan a la persona llevar una vida en condiciones dignas, es procedente su realización a través de las EPS, siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera.

De acuerdo con esta Corporación, las intervenciones requeridas, “como consecuencia de ser calificadas como cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales y no de embellecimiento, se encuentran dentro del POS- C y debieron ser autorizadas por la Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS, con cargo al mismo.”

Respecto a la diferencia entre una cirugía plástica con fines estéticos y una con fines reconstructivos, la Corte Constitucional en Sentencia T-392 de 2009 indicó:

“Ahora bien, desde un punto de vista científico una cirugía plástica reconstructiva tiene fines meramente “estéticos” o “cosméticos” cuando, “es realizada con la finalidad de cambiar aquellas partes del cuerpo que no son satisfactorias para el paciente” , mientras que, es reconstructiva con fines funcionales cuando “está enfocada en disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma. La Cirugía Reconstructiva hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas.”

De este modo el juez de tutela debe demostrar que el tratamiento aparentemente cosmético solicitado, posee en realidad un propósito funcional, que proporciona al peticionario un bienestar emocional, social y psíquico. En razón, a que las Entidades Promotoras de Salud solo están obligadas a garantizar la prestación de estos servicios cuando está en riesgo la salud, la vida e integridad de la persona y puede costearlos por su cuenta[8].

Concluye la Sala, que si bien las cirugías plásticas se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud, por ser consideradas con fines estrictamente estéticos, es decir, aquellas que solamente buscan mejorar un aspecto físico con el cual la persona no se encuentra conforme, no pueden las Entidades Promotoras de Salud negar la prestación del servicio requerido, bajo este argumento, pues el reglamento por el cual se rigen dichas entidades, establece que las cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales, que como ya se dijo son las que buscan disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma, serán prestadas por las EPS. Por lo que, para negar estos tratamientos deberán demostrar bajo conceptos médicos en el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no Funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social. En razón, al principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social en Salud.

LOS TRÁMITES ADMINISTRATIVOS NO PUEDEN SER UN OBSTÁCULO PARA ACCEDER A SERVICIOS MÉDICOS

Considerando que diferentes Salas de Revisión de la Corporación ya se han pronunciado, en múltiples oportunidades, sobre el criterio el presente tema, estima en esta oportunidad la Sala Octava de Revisión realizar una referencia escueta sobre el contenido del mismo.

La Corte Constitucional ha manifestado que el trámite establecido para solicitar servicios médicos, no pueden convertirse en obstáculos, para que los afiliados y/o beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en salud, puedan acceder a los mismo, teniendo en cuenta, que “(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.” En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio

por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad (...)”[9].

CASO CONCRETO

Expediente T-4.101.475

La señora Ana Leonor Olascuaga Garrido solicitó la protección Constitucional de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud; ya que la Nueva EPS, a pesar de haber generado la autorización para la práctica del procedimiento quirúrgico denominado mamoplastia de reducción, no ha programado la realización de la misma, porque se encuentran realizando los trámites administrativos, de contratación para realizar los procedimientos de la cirugía, pues en la actualidad no cuentan con este servicio en la ciudad de Cartagena, según información brindada por la EPS.

El día veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014), llegó al Despacho del Magistrado sustanciador, vía fax, una declaración de la accionante, en la que confirmó, que hasta fecha la Nueva EPS no ha realizado la cirugía de mamoplastia de reducción, porque se encuentra realizando los trámites administrativos de contratación para la realización del procedimiento solicitado.

Así, en el caso bajo estudio se encuentra probado que a la señora Ana Leonor Olascuaga Garrido, le fue ordenado el procedimiento quirúrgico denominado mamoplastia de reducción[10], procedimiento autorizado el veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012) por la Nueva EPS, sin que hasta la fecha haya sido posible su realización, debido a trámites administrativos ajenos a la peticionaria, pues es por la falta de contratación en la ciudad de Cartagena con médicos o IPS que realicen dicha cirugía, que se ha venido aplazando la misma.

En consecuencia, es preciso reiterar que las entidades prestadoras de salud ya sean particulares o públicas no pueden justificar la demora de la presten de servicios de salud a sus afiliados, por conflictos contractuales o administrativos, que no son atribuibles al afiliado. En razón a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales a la vida, a la salud, y a la dignidad de los usuarios que requieren el servicio.

Al respecto, en sentencia T-278 de 2008 esta Corporación indicó:

Dada la injustificada demora en la realización del procedimiento quirúrgico requerido por la accionante. Esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido el quince (15) de marzo de dos mil trece (2013) por el Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Ana Leonor Olascuaga Garrido contra la Nueva EPS. Para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana. Y en consecuencia ordenará a la Nueva EPS que adopte las medidas correspondientes para que se realice la cirugía ordenada por el médico tratante. En caso de que el servicio médico sea brindado en una ciudad diferente al del domicilio de la accionante, deberá la EPS accionada prestar el servicio de manera integral, es decir, transporte, hospedaje para ella o su acompañante en caso de requerirlo.

Expediente T-4.102.522

A la señora Gloria Edith Pérez Díaz le fue prescrita por el médico tratante el procedimiento quirúrgico denominado abdominoplastia con medio de acceso para la reconstrucción de pared abdominal con malla, procedimiento que incluye dos cirugías (corrección de eventraciones y abdominoplastia), sin embargo, la EPS accionada negó la cirugía en la forma ordenada, aduciendo que el procedimiento de corrección de eventraciones se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, por lo tanto se encuentra autorizado e impreso para su realización en la clínica amiga, situación diferente ocurre con el otro tratamiento solicitado, denominado abdominoplastia, pues es un procedimiento estético, excluido del Plan Obligatorio de Salud, el cual no presenta ninguna relación directa para el manejo de la patología de la paciente.

Si bien, en principio el derecho fundamental a la salud es exigible por vía de tutela respecto a los servicios contenidos del Plan de Beneficios, la Corte Constitucional ha indicado, que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud, para lo cual y de conformidad con los criterios establecidos para acceder a servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, se requiere examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen, determinar si la negativa de la entidad pone o no en

peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

Así, respecto a las cirugías estéticas, esta Corporación estableció que además de cumplir con los requisitos señalados para acceder a servicios médicos No contemplados en Plan Obligatorio de Salud, se debe demostrar que se trata de intervenciones con fines de carácter funcional reconstructiva y no de embellecimiento, caso en el cual, las Entidades Promotoras de Salud deberán autorizar los respectivos procedimientos.

De las pruebas que obran en el expediente de tutela, se establece, que a la señora Gloria Edith Pérez Díaz, su médico tratante le ordenó una cirugía que consta de dos cirugías, de las cuales, la EPS autorizó solo una, denominada corrección de eventraciones, por ser un procedimiento que se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, y niega la abdominoplastia, argumentando que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, pues es un procedimiento estético y cosmetológico, el cual no presenta ninguna relación directa para el manejo de la patología de la accionante, pues la ausencia de dicho procedimiento, no vulnera ni pone en peligro su derecho fundamental a la vida.[11]

En consecuencia, encuentra esta Sala de Revisión, la necesidad de pronunciarse respecto de las cirugías plásticas con fines funcionales o reconstructivos ordenados por los médicos tratantes, ya que fue la abdominoplastia, la que conllevó a la interponer la acción de tutela.

Recuerda esta Sala de Revisión que las cirugías plásticas con fines funcionales reconstructivos o que buscan un bienestar emocional, social y psíquico en las personas, a fin de generar una vida en condiciones de dignidad y calidad, deberán ser prestadas por las Entidades Promotoras de Salud públicas o particulares y, solo en aquellos en los que demuestre bajo conceptos médicos que el tratamiento solicitado no cumple con los presupuestos señalados para su procedencia, podrán ser negados.

En el caso de la señora Gloria Edith Pérez Díaz su médico tratante le ordenó una abdominoplastia, según declaración de la accionante, allegada al Despacho del Magistrado sustanciador, vía fax, el veintiocho (28) de febrero de dos mil catorce (2014) porque “al poner la malla me (sic) quedaría piel sobrante por tantos años tener la eventración y ordenó cita con la doctora Johana Ivonne Hernández Rojas, cirujana plástica, quien me

valoró e informó la necesidad de la cirugía de abdominoplastia, para evitar riesgos, porque la piel de mi abdomen debería sostener la malla y no quedar flexible.”(SIC)

Sin embargo, la EPS accionada no realizó un estudio científico y de fondo sobre el caso de la accionante, que permitiera determinar si la abdominoplastia ordenada tiene fines funcionales reconstructivos o estéticos, ya que se limitó a indicar que:

“(…)

Desde otra perspectiva, es preciso indicar que para el presente caso, el otro tratamiento solicitado ABDOMINOPLASTIA por el accionante se encuentra excluido del POS, pues es un procedimiento estético y cosmetológico, el cual no presenta ninguna relación directa para el manejo de la patología de la paciente, pues la ausencia de dicho procedimiento no vulnera la vida ni la pone en peligro, así lo ha reafirmado la Corte Constitucional (...)” (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Argumento, que deja de lado, los diversos pronunciamientos realizados por esta Corporación referente a la negación de una prestación de salud, que establece “solo es constitucionalmente legítima la negación del servicio, bajo el supuesto que la EPS o el Comité Técnico Científico presente un concepto sólido apoyado en la Historia Clínica del paciente, científicamente sustentado con las opiniones de expertos en la respectiva especialidad del médico tratante que ordenó el servicio de salud y en el cual se hayan estipulado claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado.”. Ya que el argumento para negar el servicio se basó en (i) que se trata de un procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud y, (ii) que no presenta ninguna relación directa para el manejo de la patología de la paciente, pues la ausencia de dicho procedimiento no vulnera la vida ni la pone en peligro; afirmación que realizó, según se evidencia, con base en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues finalizó diciendo “así lo ha reafirmado la Corte Constitucional”[12]; y no bajo un concepto médico o con base en la historia clínica de la paciente.

Además, encuentra la Sala que el médico tratante de la accionante fue contundente al señalar el procedimiento que necesita la accionante para tratar su patología y para el mejoramiento de su salud, sin que la EPS desvirtuara de manera científica que la sola cirugía de corrección de eventraciones garantice de manera integral la recuperación de la

paciente, es decir, que la abdominoplastia no es necesario para la recuperación integral de la accionante en cuanto a la mitigación del impacto de la cirugía precedente y su estabilidad física, funcional y emocional.

“no es de buen recibo que las entidades promotoras de salud califiquen una cirugía plástica reconstructiva como “estética” o “cosmética” sin hacer un análisis previo del caso particular y sin consideración alguna de las condiciones físicas, funcionales, psíquicas, emocionales y sociales del paciente, más aún cuando, cuentan con la capacidad técnica y científica para determinar la naturaleza de la cirugía requerida a través, del historial médico del usuario y los conceptos médicos emitidos por los especialistas adscritos a la entidad.

Recuérdese, que una cirugía que en principio es calificada como “con fines de embellecimiento” en el caso particular puede adquirir la connotación de “funcional” por ser necesaria e indispensable para garantizar la vida en condiciones dignas del usuario y no comprometer su salud física como emocional.”[13]

Teniendo en cuenta que la salud no equivale únicamente a disponer de un estado de bienestar físico o funcional, sino también, a un bienestar emocional, social y psíquico; que permiten garantizar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. Considera esta Sala, que al no estar desvirtuado por parte de la entidad accionada, de manera Clínica o científica que la cirugía denominada abdominoplastia, no tiene fines funcionales reconstructivos o que no buscan mitigar un impacto psicológico en la accionante, se están vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la peticionaria.

En este sentido, a pesar de existir orden médica que prescriba el tratamiento solicitado y, pese a verificar que Comfandi EPS no negó el procedimiento con base en razones científicas de acuerdo a la jurisprudencia, no puede este Tribunal ordenar la práctica del mismo, pues no existen soportes médicos que le permitan verificar la condición principal establecida en la jurisprudencia para el reconocimiento de tratamientos que en principio se catalogan como estéticos, esto es, no puede determinar si la cirugía solicitada por la accionante tiene fines funcionales o no, o si busca un bienestar psicológico. Razón por la cual se hace necesario garantizar el derecho al diagnóstico, garantía que consiste, en la obligación que tienen las EPS de pronunciarse mediante razones médicas y científicas,

sobre la necesidad de procedimientos médicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido el doce (12) de agosto de dos mil trece (2013) por el Juzgado Décimo Civil del Circuito quien a su vez confirmó el fallo proferido el cuatro (04) de julio de dos mil trece (2013) dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Gloria Edith Pérez Díaz, para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En consecuencia, ordenará a la Comfandi EPS valorar médicamente a la accionante, para establecer si el procedimiento quirúrgico denominado abdominoplastia, es necesario para la recuperación integral. Al momento de determinar cuál debe ser el tratamiento, la EPS debe aplicar los pronunciamientos de esta Corte, respecto de las cirugías estéticas de carácter funcional de conformidad con el principio de integralidad y continuidad en la prestación del servicio médico.

Expediente T-4.112.589

En el presente caso, el señor Carlos Hernán Hurtado Murillo manifestó en su escrito de tutela, que le fue diagnosticado lipodistrofia, con ocasión de la cirugía de Bypass Gástrico realizada a través de la EPS accionada, por lo que su médico tratante le recomendó unos procedimientos para corregir dicha alteración. Sin embargo, Servicio Occidental de Salud EPS alegó que el procedimiento solicitado es de naturaleza estética, conforme a las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, que no hay evidencia clínica que infiera que la no realización de la abdominoplastia genere riesgo para la salud o vida de la accionante, y además, el Comité Técnico científico negó su autorización.

Dentro de las pruebas que obran en el expediente de tutela, se observa que en la historia clínica del accionante se indicó Paciente QX Bariátrica hace 15 meses POP bajo 38 Kg., quien presenta colgajo dermograso moderado que forma pliegue abdominal, no oculta pubis no es pedulo, no signos de dermatitis, concluyendo que el paciente presenta alteraciones de piel en brazos muslos mamas por aparición de flacidez. Deformidad de abdomen si el paciente quiere corregirla debe hacerlo en forma particular ya que no es considerada funcional, se le explica que es una cirugía NO POS, riesgos y beneficios.

En este punto, reitera esta Sala de Revisión que la garantía del derecho a la salud, está

funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y la vida en condiciones dignas y justa de la persona. Razón por la cual, existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Así, esta Corporación ha señalado que a la luz del principio de integralidad, las instituciones que prestan los servicios de salud, deben buscar la recuperación total de la persona, ya que no basta con el diagnóstico aislado de un médico o la atención de urgencias, si no se acompaña de los procedimientos y tratamientos necesarios que materialicen el derecho a la salud.[14]

A su vez, también precisó que en el derecho fundamental a la salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas; aspectos que contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano[15].

En razón a ello, en Sentencia T-548 de 2011 la Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales invocaos por el accionante, a quien la EPS accionada le negaba la autorización de un procedimiento quirúrgico para corregir unas cicatrices en el ojo izquierdo, por ser de carácter estético. En esta oportunidad la Corte consideró que el concepto del médico tratante sólo evaluó aspectos médicos y los posibles efectos de la cirugía para restablecer la funcionalidad del órgano perdido, dejando de un lado el aspecto psíquico, emocional y social, los cuales, según los resultados arrojados por el examen psiquiátrico practicado por el especialista en el tema y las pruebas aportadas en el expediente, se evidencia una afectación grave en la salud psíquica, emocional y social del accionante ya que las cicatrices han afectado notablemente su desenvolvimiento social, laboral e inclusive el aspecto sexual. Por lo que en este mismo sentido, continuar soportando dicha deformidad puede significar un deterioro aún más importante en la calidad de vida del señor Moreno, concluyendo que:

Así mismo, y en razón al principio de integralidad, este Tribunal en Sentencia T-179 de 2008 tuteló los derechos fundamentales invocados por la accionante, a quien la EPS le negaba la autorización de unos procedimientos quirúrgicos que le fueron prescritos por su médica tratante, con el fin de eliminar el exceso de piel y flacidez que le generó la práctica de una cirugía de by pass gástrico, que le generaban llagas o quemaduras en los pliegues de la

piel, afectado su salud mental. En esta ocasión la Corte señaló que “en situaciones como la planteada por el presente asunto, es claro que el tratamiento de la obesidad mórbida no puede limitarse a la práctica de la cirugía de by pass gástrico, ya que ello no garantiza el restablecimiento de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana de los pacientes. En efecto, en estos casos, a pesar de que la mencionada cirugía disminuye el riesgo de mortalidad y evita que la patología base se torne aún más gravosa, las consecuencias que genera en el cuerpo del paciente hacen que se mantenga la afectación de su estado de salud físico y mental, ya que debe soportar fuertes y permanentes dolores, molestias en la realización de actividades cotidianas como caminar e infecciones en los pliegues de la piel, además de lo que ello conlleva en relación con su salud mental y afectiva.”

En efecto, el accionante desde que tuvo la intervención quirúrgica del BYPASS GÁSTRICO ha sufrido diferentes cambios físicos, a causa de los colgajos de piel sobrante en su cuerpo, que según la Corte:

“Las investigaciones que se han adelantado en relación con este tema han concluido que cuando una persona se somete a una cirugía de by pass gástrico como parte del tratamiento para la obesidad mórbida, “la pérdida ponderal significativa [de peso] suele venir acompañada de una flacidez cutánea que en el mejor de los casos provoca alteraciones estéticas, en otros irritaciones cutáneas, e incluso puede llegarse a los trastornos psicosociales o a los psiquiátricos. (...) La dermatochalasis abdominal y la ptosis mamaria son las afectaciones que con más frecuencia se presentan y que en general más preocupan a la mayoría de los pacientes. La primera representa una caída de la piel del abdomen sobre el pubis, incluso sobre los muslos, dificultando la comodidad al vestir e incluso la deambulaci3n, acompañándose en algunos casos de hernias por relajaci3n de la pared abdominal. La segunda de ellas, la ptosis mamaria, afecta fundamentalmente a las mujeres e implica una flaccidez del tejido mamario y por tanto una caída del pecho sobre el abdomen, provocando una alteraci3n estética importante. Otras relajaciones son la dermatochalasis de muslos, de brazos y de flancos.”[16]”[17] (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas, encuentra la Sala Octava de Revisi3n que en el caso sub examine:

(i) Que de acuerdo con la historia clínica que obra en el expediente, al señor Carlos Hernán Hurtado Murillo le fue diagnosticado lipodistrofia, consistente en la presencia de exceso de piel y flacidez en el abdomen, muslos, mamas y brazos, como consecuencia de la cirugía de by pass gástrico a la que se sometió en el año 2012. Por lo que los padecimientos que presenta en este momento el peticionario tienen origen en el tratamiento que recibió para contrarrestar la grave enfermedad que padecía y, en consecuencia, se encuentran ligados a la patología de base que lo afectó.

Sin embargo, no se observa que el médico tratante le haya recomendado, sugerido u ordenado tratamiento alguno al accionante, de igual manera, en el escrito de tutela no se indicó cual es el procedimiento solicitado y negado por la EPS, simplemente se encuentra probado, que el señor Murillo tiene un problema por exceso de piel y que necesita un procedimiento para corregirlo. Situación que al aplicar la regla jurisprudencial, según la cual es el médico la persona idónea para decidir qué tratamiento debe seguir la paciente, impide a esta Corporación ordenar o prescribir un tratamiento. Lo que trae como consecuencia la necesidad de garantizar el derecho al diagnóstico. Por lo que deberá la EPS accionada remitir al accionante a medicina especializada, para que sea esta, la que determine cuál es el procedimiento requerido para solucionar el asunto relativo a la piel sobrante de la que padece.

(ii) Servicio Occidental de Salud EPS omitió garantizar todos los insumos médicos y procedimientos quirúrgicos necesarios al señor Carlos Hernán Hurtado Murillo para obtener una recuperación satisfactoria a su problema cardiovascular por trastorno metabólico[18], en atención al principio de integralidad, ya dicho padecimiento no se agota con la sola práctica de la cirugía del BYPASS GÁSTRICO.

(iii) La entidad accionada solo evaluó el concepto médico que reposa en la historia clínica para negar el procedimiento solicitado, diagnóstico que solo realizó una valoración médico-física relacionada con la funcionalidad, en la que se indica “colgajo dermograso moderado que forma pliegue abdominal, no oculta pubis, no es pedulo, no signos de dermatitis, no es considera funcional”, dejando de lado el bienestar emocional, social y psíquico del paciente, quien a la fecha de interposición de la acción de tutela, había perdido 38 Kg. de peso. Desconociéndole de esta manera, el derecho a la salud.

En este orden de ideas y por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, esta Sala revocará el fallo del nueve (09) de septiembre de dos mil trece (2013) por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, que a su vez, confirmó el fallo proferido el cinco (05) de agosto de dos mil trece (2013) por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali, que negó el amparo constitucional invocado dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Carlos Hernán Hurtado Murillo contra Servicio Occidental de Salud EPS. En su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

En consecuencia, ordenará a Servicio Occidental de Salud EPS realizar una valoración psicológica al señor Carlos Hernán Hurtado Murillo a fin de determinar en qué medida los colgajos que presenta en su cuerpo, afectan su salud psíquica, emocional y social y, en caso de que en dicho dictamen se determine una afectación, deberá Servicio Occidental de Salud EPS remitir al accionante con medicina especializada, para que sea esta, la que recomiende y ordene el procedimiento requerido para solucionar el asunto relativo a la piel sobrante que padece. Servicio médico que deberá ser prestado de manera integral. Entidades que deberán informar de todo lo dispuesto en este fallo al juzgado que conoció en primera instancia de la controversia, que se encargará de verificar su cumplimiento, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991

III. DECISIÓN

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

PRIMERO.- Respecto del expediente de tutela T-4.101.475

- REVOCAR el fallo proferido el quince (15) de marzo de dos mil trece (2013) por el Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Ana Leonor Olascuaga Garrido contra la Nueva EPS. Para en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana.

- ORDENAR a la Nueva EPS por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, adopte las medidas correspondientes para que se realice la cirugía ordenada por el médico tratante, servicio médico que deberá ser prestado dentro

de los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta providencia. En caso de que cirugía requerida sea brindada en una ciudad diferente a la del domicilio de la accionante, deberá la EPS, prestar el servicio médico de manera integral, es decir, transporte, hospedaje para ella o su acompañante en caso de requerirlo.

SEGUNDO.- Respecto del expediente de tutela T-4.102.522

- REVOCAR el fallo proferido el doce (12) de agosto de dos mil trece (2013) por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, quien a su vez confirmó el fallo proferido el cuatro (04) de julio de dos mil trece (2013) por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Santiago de Cali, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Gloria Edith Pérez Díaz CONTRA Comfandi EPS, para en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

- ORDENAR a la Comfandi EPS por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, emitir una valoración médica por escrito, para establecer respecto de la accionante, si el procedimiento quirúrgico denominado abdominoplastia, es necesario para la recuperación integral. Al momento de determinar cuál debe ser el tratamiento, la EPS debe aplicar los pronunciamientos de esta Corte, respecto de las cirugías estéticas de carácter funcional reconstructivo, y las posibles afectaciones emocionales, psicológicas y sociales derivadas de la falta de realización del procedimiento en cuestión, de conformidad con el principio de integralidad y continuidad en la prestación del servicio médico.

- OFICIAR al Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Santiago de Cali, para que verifique si por parte Comfandi EPS de esa ciudad, se ha acatado a cabalidad la tutela original. En caso contrario, deberá imponer a quien haya desacatado aquella determinación judicial, las sanciones advertidas en su propia sentencia, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Respecto del expediente de tutela T-4.112.589

- REVOCAR el fallo del nueve (09) de septiembre de dos mil trece (2013) por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, que a su vez, confirmó el fallo proferido el cinco (05)

de agosto de dos mil trece (2013) por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Carlos Hernán Hurtado Murillo contra Servicio Occidental de Salud EPS. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

· ORDENAR a Servicio Occidental de Salud EPS por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice una valoración psicológica y física al señor Carlos Hernán Hurtado Murillo a fin de determinar en qué medida los colgajos que presenta en su cuerpo, afectan su salud psíquica, emocional y social. En caso de que en dicho dictamen se determine una afectación, deberá la entidad Servicio Occidental de Salud EPS, remitir al accionante con medicina especializada, para que sea este, quien recomiende y ordene el procedimiento requerido para solucionar el asunto relativo a la piel sobrante que padece. Servicio médico que deberá ser prestado de manera integral.

· OFICIAR al Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali, para que verifique si por parte Servicio Occidental de Salud EPS de esa ciudad, se ha acatado a cabalidad la tutela original. En caso contrario, deberá imponer a quien haya desacatado aquella determinación judicial, las sanciones advertidas en su propia sentencia, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

[1] “Se cumple ,teniendo en cuenta lo manifestado por la accionante donde menciona no poder sufragar el costo del tratamiento por ser de escasos recursos económicos y que depende del salario que devenga su esposo, además de esto, teniendo en cuenta que la peticionaria se encuentra afiliada a la EPS SOS COMFANDI en calidad de beneficiaria”

[2] Ver Sentencia T-307 de 2006

[3] ver también el Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14 y la Declaración Universal de Derechos Humano.

[4] Artículo 152 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

[5] Ver también Sentencia T-237 de 2003.

[6]“ARTÍCULO 39: TRATAMIENTOS RECONSTRUCTIVOS. En el POS están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el Anexo 02 que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante.

[7] El Acuerdo 289 de 2005, establece que las cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales, son “aquellas que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema”.

[8] La sentencia T-760 de 2008 hizo un recuento en ese sentido, destacando las siguientes sentencias: T-749 de 2001: Se negó una cirugía reconstructiva mamaria a una mujer que quería mejorar la apariencia física de sus senos; T-490 de 2006: Se negó una depilación por láser a un hombre que padecía de Pseudofolocolitis de la Barba, enfermedad que consiste en que los vellos de la barba se le incrustan en la piel; T-198 de 2004: Se negó una cirugía

plástica a una mujer que tras haber recibido tratamiento por un herpes infeccioso se le diagnosticó cicatriz irregular antiestética sobre el ala nasal izquierda; T-676 de 2002: La Corte negó tratamientos originados como consecuencia de complicaciones de cirugía estética; T-073 de 2007: Se concluyó que los derechos a la salud y a la integridad personal del hijo de la accionante, no fueron vulnerados por la entidad demandada al negar el medicamento para el acné ordenado por su médico tratante, no contemplado por el Plan Obligatorio de Salud; T-476 de 2000: La Corte negó una mamoplastia reductora porque no tiene fines terapéuticos ni se afecta la salud de la demandante; T-539 de 2007: Se negó una mamoplastia reductora porque no existe un riesgo inminente y grave, además, no se afecta la salud de la actora; T-757 de 1998: La Corte negó una cirugía de quiste sobre ceja derecha que no afecta la vida e integridad personal ni implica limitación funcional.

[9] Sentencia T-064 de 2012

[10] ver folio 4

[11] Observa la Sala de Revisión, que la entidad accionada al argumentar que la ausencia de dicho procedimiento, no vulnera ni pone en peligro su derecho fundamental a la vida, lo hace con base en la Jurisprudencia Constitucional, y no porque se halla realizado un estudio del caso concreto sobre la historia clínica de la accionante o conceptos médicos; pues no arguye una razón científica o médica para negar el procedimiento.

[12] Ver folio 29 al 31

[13] Sentencia T-392 de 2009

[14] Ver sentencia T-924 de 2010

[15] Sentencia T-548 de 2011

[16] “Cirugía plástica para combatir la obesidad mórbida”, artículo publicado en Cuadernos de Salud, diario La Verdad de España, 12 de febrero de 2005.

[17] Corte constitucional. Sentencia T-179 de 2008.

[18] A folio 23 respaldo, se evidencia que la entidad accionada en escrito de contestación

de tutela, manifestó que “la cirugía Bariátrica fue con ocasión a que existía un gran riesgo cardiovascular por el trastorno metabólico de la misma, con riesgo de sufrir enfermedades coronarias, accidente cerebro vascular, diabetes, presión alta, alteraciones renales entre otras.”