

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**DISTRITO JUDICIAL DE CALI
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
RAD: 76001418900820200008101**

SENTENCIA No.: IMPUGNACIÓN – T – 33
RADICACIÓN: 76001418900820200008101
ACCIONANTE: KATERINE IBARGUEN
A. OFICIOSA ANA IBARGUEN
ACCIONADO: EMSSANAR E.S.S.

Santiago de Cali, primero (1) de abril de 2.020

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a decidir la impugnación de tutela incoada por la parte accionada EMSSANAR E.S.S. contra la sentencia No. 038 del 25 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Octavo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali, que decidió la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES

En síntesis manifiesta la señora ANA IBARGUEN que su agenciada se encuentra afiliada a EMSSANAR E.S.S. del régimen subsidiado quien hace aproximadamente siete (7) meses le inyectaron silicona en sus glúteos para aumentar de tamaño.

Indica que desde hace 15 días su hija ha venido presentando dolor y sensibilidad en sus glúteos por lo que tuvo que acudir al HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO donde el galeno determinó como diagnóstico "*ABSCESO CUTÁNEA FORÚNCULO Y ÁNTRAX DE GLÚTEO*", ordenando remitirla a valoración por cirugía estética para definir conducta quirúrgica ya que la institución no cuenta con esa especialidad.

Aduce que a pesar de que adelantó los trámites administrativos para que la entidad accionada autorizara dicho servicio de salud, aquella lo negó por encontrarse por fuera del PBS.

Por lo anterior, acude a este mecanismo constitucional a efecto de que se protejan los derechos fundamentales a la vida y salud de su agenciada y ordenar a EMSSANAR ES.S. autorizar la valoración por cirugía estética para definir conducta quirúrgica así como el tratamiento integral que derive de su patología.

PROVIDENCIA IMPUGNADA Y RECURSO

El día 25 de febrero de 2.020, a través de sentencia de tutela N° 038 el Juzgado Octavo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali resolvió conceder el amparo deprecado y consecuentemente le ordenó a la E.S.S. EMSSANAR autorizar a la accionante valoración por cirugía plástica y garantizar un tratamiento integral de su patología.

Oportunamente el fallo fue impugnado por la ESS EMSSANAR mediante escrito aportado el 26 de febrero de 2020 (fls 62-65), en el que señaló que la atención integral ordenada no delimita el servicio en salud a proveer, razón por la que impugna todas las tecnologías de salud que no se encuentren dentro del Plan de Beneficios en Salud PBS, toda vez que el juez no puede ordenar tratamientos integrales sino ha sido ordenado por el médico tratante del usuario.

De igual manera manifestó que la orden dada, no determina los servicios NO POS tutelados y que se encuentran dentro de la integralidad concedida, por lo que afirma que en este caso le corresponde al ente territorial garantizar dichos servicios del sistema de salud.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se le exonere de responsabilidad. Subsidiariamente y en caso de que se acceda a las pretensiones de la acción constitucional aclarar y adicionar la sentencia impugnada ordenando al ente territorial garantizar todos los servicios NO PBS ordenado y el pago oportuno y directo a las instituciones

prestadoras de salud frente a los servicios que no le corresponde asumir y le brinde al usuario.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo para que se amparen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley (Art. 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 2º y 8º Convención Americana de los Derechos Humanos).

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de nuestra Constitución Política y reglamentada en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992. Es una acción concebida como mecanismo de defensa que permitir acudir ante los Jueces para solicitar protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591.

Por otro lado, como recurso de defensa frente a las inconformidades por las decisiones adoptadas en primera instancia, los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 contemplan la figura de la impugnación, que está encaminada a que el Juez que asuma el conocimiento de la impugnación, estudie el contenido de la misma, cotejándola tanto con las pruebas allegadas, como con el fallo, para determinar si a su juicio, el fallo está conforme a derecho o por el contrario carece de fundamento.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico puesto a consideración del Despacho, consiste en determinar si los servicios de salud que solicita la actora están a cargo de la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca o si por el contrario le corresponde a la EPS asumirlo y si es procedente autorizar el tratamiento integral de su patología, lo que llevará al Despacho a confirmar, modificar o revocar el fallo de tutela proferido por la *a-quo*.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Con respecto al derecho a la salud la Corte Constitucional en Sentencia T-579/17 ha indicado lo siguiente:

"El derecho fundamental a la salud es un derecho de contenido cambiante, que exige del Estado una labor de permanente de actualización, ampliación y modernización en su cobertura, por lo que no es aceptable considerar que ya se ha alcanzado un grado de satisfacción respecto de su garantía. Para ello, es fundamental que el Estado garantice que los elementos esenciales del derecho a la salud como son (i) la disponibilidad, (ii) la aceptabilidad, (iii) la accesibilidad y (iv) la calidad e idoneidad profesional, siempre estén interrelacionados y que su presencia sea concomitante pues, a pesar de la independencia teórica que cada uno representa, la sola afectación de uno de estos elementos esenciales es suficiente para comprometer el cumplimiento de los otros y afectar en forma negativa la protección del derecho a la salud."

Con respecto a la distinción entre los procedimientos estéticos y los procedimientos funcionales en el Plan de Beneficios en Salud la Corte Constitucional en la sentencia que se viene estudiando señaló:

"Con todo, como ya se alcanzó a mencionar, pueden existir servicios no incluidos en el sistema de salud, tal y como lo dispone el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, el que establece exclusiones expresas a ciertas prestaciones de salud, entre ellas las estéticas o de embellecimiento, tema que se pasa a explicar.

En efecto, la norma en comento dispone lo siguiente

Artículo 15. *"Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.*

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;*
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.*

SENTENCIA No.: IMPUGNACIÓN – T – 33
RADICACIÓN: 76001418900820200008101
ACCIONANTE: KATERINE IBARGUEN
A. OFICIOSA: ANA IBARGUEN
ACCIONADO: EMSSANAR E.S.S.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Como se advierte de la lectura de la norma transcrita, es claro, que el Legislador consideró que a efectos de poder asegurar una mayor cobertura de los servicios de salud, y dadas las restricciones de orden económico y/o financiero del propio Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS–, el cubrimiento contendrá, como regla general, todas las prestaciones que requiera el usuario en salud, excepto las que cumplan con los criterios establecidos en la norma en cita.

Sin embargo, como ya se señaló al explicarse el principio de la integralidad del derecho a la salud, si en un caso en particular se advierte que una persona (i) encuentra afectado su derecho fundamental a la salud, (ii) no existe un sustituto dentro de las prestaciones en salud incluidas en el Plan de Beneficios en Salud, (iii) no cuenta con los recursos económicos para asumir por su cuenta los servicios médicos que requiere para restablecer su salud, y (iv) existe ya una orden médica que determina la atención reclamada, ha de considerarse que a pesar que el servicio se encuentre expresamente excluido, se podrá por vía de la interpretación pro homine de las normas reguladoras del servicio o la atención médica, ordenar su prestación o suministro, aun cuando la misma encaje dentro de alguna de las causales de expresa exclusión.

Ciertamente, deberá entenderse que la prestación reclamada se requiere por extrema necesidad, al punto que sin ella no se podría asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales. Y este planteamiento encuentra su justificación jurisprudencial en la misma sentencia C-313 de 2014, que indicó que: "al revisarse, los requisitos para hacer inaplicables las exclusiones del artículo 15, se está justamente frente a lo que la Sala ha entendido como 'requerido con necesidad', con lo cual, queda suficientemente claro que esta categoría se preserva en el ámbito normativo del derecho fundamental a la salud".

Ahora bien, como se observa, la primera exclusión expresa de los beneficios en salud que no podría ser cubierta con cargo a los recursos del Plan de Beneficios en Salud, son todos aquellos servicios médicos con fines cosméticos o suntuarios que no tengan relación alguna con la recuperación, restablecimiento o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas. En este punto, resulta de vital importancia hacer claridad en torno a las diferencias existentes entre una atención médica con fines cosméticos o de embellecimiento y aquellas de carácter funcional.

Así, con la expedición de la Resolución No. 6408 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social, por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Beneficios en Salud, se contempla que entre las tecnologías no financiadas con cargo a la UPC, se encuentran aquellas "cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad.", y los "Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de no financiación con recursos del SGSSS señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011". (Art. 132, núm. 1 y 5).

En desarrollo de esta premisa, el artículo 8 de la Resolución en cita consagra una distinción entre la cirugía cosmética o de embellecimiento y la cirugía reparadora o funcional, en los siguientes términos:

SENTENCIA No.: IMPUGNACIÓN – T – 33
RADICACIÓN: 7600141890082020008101
ACCIONANTE: KATERINE IBARGUEN
A. OFICIOSA: ANA IBARGUEN
ACCIONADO: EMSSANAR E.S.S.

"7. 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.

8. 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."

En adición a lo expuesto, el artículo 36 de la Resolución 6408 de 2016, es claro en indicar que todos aquellos tratamientos o procedimientos de carácter reconstructivos que tengan una finalidad funcional, de conformidad con el criterio del médico tratante, se encuentran dentro del Plan de Beneficios en Salud y deben ser asumidos por el sistema. La disposición en cita establece que:

"ARTÍCULO 36. TRATAMIENTOS RECONSTRUCTIVOS. En el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC están cubiertos los tratamientos reconstructivos definidos en el anexo 2 'Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC', que hace parte integral de este acto administrativo, en tanto tengan una finalidad funcional de conformidad con el criterio del profesional en salud tratante."

A partir de este tipo de lineamientos se puede advertir que en el tema concreto de las cirugías plásticas existen dos tipos de intervenciones quirúrgicas muy distintas. Por una parte, las consideradas de carácter cosmético, de embellecimiento o suntuarias, cuya finalidad última es la de modificar o alterar la estética o apariencia física de una parte del cuerpo con el fin de satisfacer el concepto subjetivo que la persona que se somete a este tipo de intervenciones tiene sobre el concepto de belleza. Por otra parte, se encuentran aquellas intervenciones quirúrgicas cuyo interés es el de corregir, mejorar, restablecer o reconstruir la funcionalidad de un órgano con el fin de preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y digna, así como también con el fin contrarrestar las afecciones psicológicas que atentan también contra del derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

Es entendible en consecuencia que las cirugías plásticas con fines meramente estéticos no pueden estar cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud (antes Plan Obligatorio de Salud), como en efecto así se contempla. Incluso en este tipo de cirugías plásticas, los efectos secundarios que de ellas se deriven tampoco se podrán asumir con cargo al PBS. Ciertamente, la norma se refiere a todos aquellos efectos previsibles de acuerdo a las técnicas utilizadas y los diferentes factores científicos y humanos que si bien puede ser calculados no se pueden prevenir.

En lo que refiere a las cirugías plásticas funcionales o reconstructivas, su realización podrá ser asumida por las EPS, siempre que se cuente con una orden médica que así lo requiera, prescrita por un profesional vinculado con la Entidad Promotora de Salud. Sobre el particular, esta Corte indicó en la sentencia T-392 de 2009 que "[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."

Aunado a lo anterior, habrá de tenerse en cuenta que una cirugía será considerada como estética o funcional a partir de una valoración o dictamen científico debidamente soportado, y no en consideraciones administrativas o financieras de las EPS o las subjetivas del paciente que reclama la atención."

De otra parte la Corte Constitucional en sentencia T- 020 de 2.017, reiterando su jurisprudencia sobre el derecho a la salud expresó y el principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud en Colombia:

"(...)4. A partir de lo desarrollado en la jurisprudencia de esta Corte y lo establecido en la Ley 1751 de 2015, la salud es un derecho fundamental que se define como "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser". Para esta Corporación, el derecho a la salud se debe garantizar en condiciones de dignidad da do que su materialización resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

(...) 9. De acuerdo con lo anterior, el derecho a un diagnóstico efectivo se puede vulnerar en la medida en que "la EPS o sus médicos adscritos se rehúsan o demoran la determinación del diagnóstico y la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad. En estos casos, esta Corporación ha concluido que al paciente le asiste el derecho a que le determinen lo necesario para conjurar la situación y por ende la EPS debe en cabeza de su personal médico, especializado de ser el caso, emitir respecto del paciente un diagnóstico y la respectiva prescripción que le permita iniciar un tratamiento médico dirigido a la recuperación de su salud o al alivio de su dolencia".

10. Por otro lado, mediante Sentencia T-760 de 2008, esta Corporación se refirió al principio de integralidad en la prestación de servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema general de seguridad social en salud, de acuerdo con las disposiciones prescritas por el médico tratante. Para tal fin, las EPS deben garantizar todos los servicios de salud que requiera el paciente, sin que estos puedan fraccionarse. En ese sentido, la Corte ha aclarado que el precitado principio no implica que el interesado pueda solicitar los servicios de salud que a bien le parezcan ya que es el médico adscrito a la EPS a quien le corresponde determinarlos a partir de las necesidades clínicas del paciente.

11. Finalmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el juez constitucional le asiste el deber de ordenar el suministro de los tratamientos médicos necesarios para conservar o restablecer la salud de los pacientes. Lo anterior con el fin de evitar la presentación de acciones de tutela por cada servicio que sea prescrito por el médico al paciente y respecto de una misma patología, y permitiría la prestación continua de los servicios de salud.

12. En conclusión, el derecho fundamental a la salud está definido como la facultad del ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, física y mental. Tal derecho debe garantizarse en condiciones de dignidad por ser indispensable para el ejercicio de otros derechos también fundamentales. De acuerdo con el PIDESC, los Estados Partes del Pacto deben reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

13. Al respecto, la Observación General No. 14 dispone la obligación de carácter específica de los Estados de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluida la población carcelaria, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que la persona tiene derecho a contar con un diagnóstico efectivo y una atención en salud integral según los servicios ordenados por el médico tratante".

Atendiendo los parámetros del órgano de cierre constitucional, el Despacho entrará a resolver si en el caso sometido a estudio, se cumplen las condiciones necesarias para que sea viable la protección solicitada.

CASO CONCRETO

Con respecto a la inconformidad de la entidad impugnante en cuanto a la concesión del tratamiento integral para la patología de la accionante, tal como se reseñó precedentemente con la citación jurisprudencial, sí procede la emisión de tal orden pero no en la forma dispuesta por el despacho de primera instancia, dado que si bien existe un diagnóstico previo de su padecimiento denominado "*ABSCESO CUTÁNEO-FURÚNCULO Y ÁNTRAX DE GLÚTEOS* (fls. 4-6 Cdo1)", el cual podría impactar gravemente su cuerpo de no ser atendida medicamente de manera oportuna y eficaz como lo reseñó la galeno tratante en la historia clínica que reposa en el plenario a folio 21 del Cdo 1, lo cierto es que dicho tratamiento deberá garantizar el restablecimiento de su salud y vida, quedando restringida toda orden que incluya un tratamiento meramente estético, pues así lo ha dispuesto la Corte Constitucional en la jurisprudencia reseñada con antelación.

Así entonces conforme lo argüido por el HOSPITAL ISAÍAS DUARTE CANCINO (Fl. 36 vltto Cdo 1), al dar respuesta a la acción de tutela donde señaló que a la accionante se le debe tomar "*RM DE PELVIS CONTRASTADA INTRAHOSPITALARIA*" para definir conducta quirúrgica, pero que dado a problemas administrativos no se ha podido realizar dicho examen, dicha situación genera la inmediata intervención del juez constitucional para que se realice el mismo, dado que a partir del resultado de ese examen el especialista determinará el tratamiento requerido por la actora y podrá definir si el mismo es o no estético, ello para efecto de determinar sobre la responsabilidad de atención a cargo de la entidad accionada.

Por último, respecto a la petición de la entidad impugnante de que la orden sea dirigida a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, argumentando que aquella es quien debe asumir todos los servicios que se

SENTENCIA No.: IMPUGNACIÓN – T – 33
RADICACIÓN: 76001418900820200008101
ACCIONANTE: KATERINE IBARGUEN
A. OFICIOSA: ANA IBARGUEN
ACCIONADO: EMSSANAR E.S.S.

encuentren por fuera del POS -actual PBS-, conforme quedó ampliamente dilucidado en el acápite anterior con las citaciones jurisprudenciales recientes, la Corte Constitucional ha señalado que el juez constitucional en vela de la materialización de los servicios requeridos por el paciente, puede ordenar su prestación a cargo de la Entidad Prestadora de Salud en el régimen subsidiado, teniendo la potestad de recobrar ante la entidad territorial correspondiente¹, sin necesidad de que obre la orden en el fallo de tutela, toda vez que dicha atribución es conferida en la ley a las EPS.

En esta línea de ideas, siguiendo los parámetros dispuestos por la jurisprudencia constitucional, la decisión de este Despacho no puede ser otra que la confirmación de la medida de protección adoptada en la sentencia de primera instancia, en el sentido de tutelar los derechos de la accionante, con la modificación señalada en antecedencia.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia No. 038 del 25 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Octavo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia No. 038 del 25 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Octavo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cali y en su lugar quedará así:

"SEGUNDO: ORDENAR a EMSSANAR E.S.S. a través de su representante legal o quien haga sus veces, prestar el tratamiento integral a la patología que le aqueja a la tutelante

¹ Corte Constitucional, sentencias T – 215 de 2.018 ,T – 235 de 2.018, T-081 de 2019 y T-117 de 2019.

SENTENCIA No.: IMPUGNACIÓN – T – 33
RADICACIÓN: 76001418900820200008101
ACCIONANTE: KATERINE IBARGUEN
A. OFICIOSA: ANA IBARGUEN
ACCIONADO: EMSSANAR E.S.S.

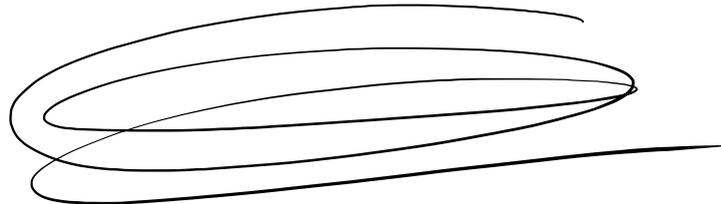
KATERINE IBARGUEN denominada "ABSCESSO CUTÁNEO-FURÚNCULO Y ÁNTRAX DE GLÚTEOS (fls. 4-6 Cdo1)", en orden al restablecimiento de su salud y vida, quedando por fuera de esta orden aquello que verse sobre tratamiento meramente estético.

Advertir al Representante Legal de EMSSANAR E.S.S. o quien haga sus veces, que deberá dar estricto cumplimiento a lo aquí dispuesto so pena de incurrir en desacato sancionable conforme a la ley y abstenerse en el futuro de incurrir en conductas como la que motiva la presente decisión.

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia a las partes, por el medio más expedito, según lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: en firme la sentencia, ENVÍESE a la honorable corte constitucional para su eventual revisión. (Artículo 31 decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS EDUARDO ARIAS CORREA
Juez

05