El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante (s) : Manuela Velazco Pulgarín

Accionado (s) : Cosmitet Ltda. y otra

Vinculado (s) : Superintendencia de salud

Radicación : 66001-31-10-000-2018-00552-01

Temas : Derecho a la salud – Consulta especializada

Despacho de origen : Juzgado Primero de Familia de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 465 del 23-11-2018

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / CIRUGÍA PLÁSTICA / PROCEDE LA TUTELA SI TIENE FINES FUNCIONALES O RECONSTRUCTIVOS Y NO MERAMENTE ESTÉTICOS.**

La CP en el artículo 49 estableció que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”. La CC en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. (…)

… en tratándose de cirugías plásticas la Alta Corporación anotó que: “(…) se deberán prestar con cargo al Estado los procedimientos que sean considerados estéticos, siempre que los mismos no se limiten a un propósito meramente suntuario o cosmético y, por el contrario, se dirijan a lograr la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, en un contexto acorde con la garantía de la dignidad humana de quien presenta el padecimiento (…) Sublínea de la Sala.

Así, concluyó que existen dos tipos de cirugías plásticas con diferente propósito: (i) Cosmético o de embellecimiento, porque busca mejorar tejidos sanos para cambiar o modificar la apariencia física; y, (ii) Funcionales o reconstructivos, empleados para corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o “(…) a impedir afecciones psicológicas que le impiden a una persona llevar una vida en condiciones dignas (…)” Resaltado extratextual. El primero no está cubierto por el plan de beneficios, mientras que el segundo es procedente siempre que se cuente con orden médica que así lo disponga.


REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

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

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se informó que el médico especialista en dermatología diagnosticó que la accionada tiene cicatrices queloides en ambas orejas, que están provocando deformidad; ordenó valoración por cirugía plástica para resección y reconstrucción, mas la accionada negó el servicio con fundamento en que se trata de una cirugía estética, excluida del POS. Además, se afirmó que la actora es menor de edad y que la deformidad de los pabellones auriculares le afecta física y psicológicamente (Folios 22 a 26, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se estiman vulnerados los derechos a la salud, a un adecuado nivel de vida y a la vida digna (Folios 24, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende la tutela los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, disponer que las entidades accionadas realicen la valoración por cirugía plástica para resección y reconstrucción de las orejas, y luego continuar con infiltraciones mensuales por dermatología (Folio 23, cuaderno No.1).

1. RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 01-10-2018 se admitió la demanda, se dispuso integrar el contradictorio necesario, se negó la medida provisional solicitada y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 28, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folios 29 a 32, ibídem). Contestaron la Fiduprevisora SA (Folios 33 a 36, ibídem), la Supersalud (Folios 37 a 46, ib.) y Cosmitet Ltda. (Folios 51 a 55, ib.). Se profirió sentencia el 11-10-2018 (Folios 68 a 72, ib.) y como fuera impugnada por la Comistet Ltda, fue remitida la actuación a este Tribunal (Folio 92, ibídem).

La providencia cuestionada concedió el amparo constitucional y ordenó autorizar y efectuar las asistencias en salud dispuestas por el galeno (Folios 80 a 84, ib.).

Por su parte Cosmitet Ltda. alegó: (i) Que no se tuvo en cuenta que en el contrato de prestación de servicios suscrito con la Fiduprevisora SA se excluyeron los tratamiento estéticos, cosméticos y suntuarios y los no encaminados a la *“restricción”* (Sic) de la funcionalidad perdida; (ii) Se incumplieron los presupuestos jurisprudenciales para disponer la prestación de procedimiento no contemplados en el plan de atención, entre ellos la capacidad económica del accionante; (iii) Se dejó de proteger el equilibrio económico y valorar el deber de solidaridad familiar; (iv) El obligado a brindar ese tipo procedimientos es la Fidurevisora SA; y, (v) Se omitió la práctica de las pruebas dirigidas a demostrar la capacidad económica del interesado. Afirmó que carece de competencia para prestar el servicio de salud, pidió negar el amparo, y en caso de confirmarse la decisión disponer el recobro ante la Fiduprevisora SA (Folios 77 a 81, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR
	1. La competencia funcional. Esta Corporación está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Juzgado que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero de Familia de Pereira, que tuteló los derechos de al accionante, conforme al escrito de impugnación.
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple porque la joven Manuela Velazco Purgaran porque es beneficiaria del servicio médico brindado por la entidad accionada. Por pasiva la Fiduprevisora SA como encargada de pagar a los contratistas médicos el servicio que se brinde a los educadores, y al Cosmitet Ltda., por ser la entidad contratada para su prestación en este distrito.

* + 1. La subsidiariedad e inmediatez

La jurisprudencia tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, indispensables para conocer del fondo las solicitudes de protección de los derechos fundamentales.

Este último supuesto está satisfecho, pues la acción se presentó dentro de los seis (6) meses siguiente a los hechos violatorio, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[1]](#footnote-1); la negación del servicio de salud data del 30-08-2018 (Folios 2, cuaderno No.1) y la tutela se radicó el 28-09-2018 (Folio 1, ibídem).

Respecto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios[[2]](#footnote-2). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[3]](#footnote-3): (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

En el *sub examine*, la accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de los derechos invocados. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. El derecho a la salud como fundamental y la cirugía plástica

La CP en el artículo 49 estableció que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad[[4]](#footnote-4).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

Ahora bien, debe entenderse que a la luz de la precitada ley, el derecho fundamental a la salud se garantiza 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 (…)”*, esto es, las exclusiones son solo aquellas expresamente mencionadas en el artículo 15, entre ellos los “*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”;* además el 3º de la misma Ley, dispone*: “(…)* *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud (…)*”.

En consecuencia, el nuevo plan de beneficios cubre todas las prestaciones en salud, salvo las que expresamente estén excluidas; empero, la CC[[5]](#footnote-5) ha dispuesto que en ciertas situaciones la entidad promotora de salud debe otorgar la prestación requerida, no obstante, su exclusión del Plan de Beneficios, en tanto prima garantizar de forma efectiva el derecho a la salud del afiliado, siempre y cuando el juez de tutela advierta la concurrencia de los siguientes requisitos:

**(i)** la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; **(ii)** el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; **(iii)** el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y **(iv)** el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo (Negrilla propia del original).

Para dicho análisis debe siempre verificarse la pertinencia, necesidad e imposibilidad de reemplazar el tratamiento por otro previsto en el plan de coberturas, y para ello se precisa del concepto de la Junta de Profesionales de la Salud (Artículo 8º de la Resolución 0532 de 2017), en su defecto, el amparo está destinado al fracaso.

Ahora, en tratándose de cirugías plásticas la Alta Corporación[[6]](#footnote-6) anotó que: *“(…)* *se deberán prestar con cargo al Estado los procedimientos que sean considerados estéticos, siempre que los mismos no se limiten a un propósito meramente suntuario o cosmético y, por el contrario, se dirijan a lograr la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, en un contexto acorde con la garantía de la dignidad humana de quien presenta el padecimiento (…)* Sublínea de la Sala.

Así, concluyó que existen dos tipos de cirugías plásticas con diferente propósito: (i) Cosmético o de embellecimiento, porque busca mejorar tejidos sanos para cambiar o modificar la apariencia física; y, (ii) Funcionales o reconstructivos, empleados para corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano *o “(…) a impedir afecciones psicológicas que le impiden a una persona llevar una vida en condiciones dignas (…)”* Resaltado extratextual[[7]](#footnote-7)*.* El primero no está cubierto por el plan de beneficios, mientras que el segundo es procedente siempre que se cuente con orden médica que así lo disponga.

Por último debe resaltarse que para negar el servicio la entidad accionada debe demostrar con fundamento en conceptos médicos que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento, sin relación con algún aspecto funcional reconstructivo.

1. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con la aludida normativa y jurisprudencia, considera esta Sala que habrá de confirmarse y adicionarse la sentencia de primera instancia venida en impugnación, porque Cosmitet Ltda. vulneró los derechos fundamentales invocados.

En principio se precisa que la accionada dio un enfoque equivocado a la orden dispuesta por la médica tratante, en tanto que denegó el servicio de salud solicitado, supuestamente, porque consistía en un procedimiento estético, cosmético o suntuario, sin soporte científico alguno (Folio 1, cuaderno principal), menos esperar a que el especialista en cirugía estética y reconstructiva realizara la respectiva valoración y calificara su pertinencia y necesidad. Claramente se anticipó a su resultado.

Mírese que la dermatóloga tan solo dispuso que se practicara una *“INTERCONSULTA POR ESPECILISTA EN CIRUGÍA ESTÉTICA Y RECONSTRUCTIVA CIRUJANO PLÁSTINO”* (Folio 2, ibídem), sin que ello implique, necesariamente, que dicha profesional haya determinado la práctica inmediata.

Bajo esas premisas, como la prestación del servicio en salud no puede estar supeditada al agotamiento de trámites administrativos o a restricciones de cualquier otra índole, pues es responsabilidad de toda entidad prestadora de este servicio procurar la debida atención a sus usuarios, como lo es, la autorización y práctica de una consulta especializada, sin dilación alguna, es manifiesta la vulneración del servicio de salud de la actora, en la medida que lleva un prolongado tiempo, casi tres (3) meses, desde que fue dispuesta por la dermatóloga. Es claro que ha omitido el deber de garantizar el derecho a la salud (Artículos 3º y 15, Ley 1751).

De otro lado, es cierto que la accionada arrimó concepto del doctor José Ricardo Chaves, en calidad de Coordinador Médico, en el que da cuenta que las lesiones provienen de la colocación de *“piercing”*, carecen de repercusión orgánica o funcional y es inexistente garantía de mejoría permanente en el tiempo, por lo que concluye que la intervención quirúrgica es de carácter estético (Folios 56, ib.).

Sin embargo, para esta Magistratura resulta insuficiente para dar por sentado que se trata de una cirugía suntuosa o de embellecimiento, en tanto que no proviene del médico tratante o, mejor, de una junta de médicos especialistas. También, porque omite la valoración de un psicólogo; indispensable, porque la interesada alega que las malformaciones de sus pabellones auriculares han hecho que se recluya en su casa y no se sujete el cabello. Es una adolecente a quien debe garantizársele de manera especial la atención en salud.

De acuerdo con lo expuesto, como es probable que el cirujano disponga la práctica de la intervención quirúrgica, mas este juzgador carece de elementos de juicio suficientes para establecer que sea imprescindible para corregir alteraciones funcionales o impedir afecciones psicológicas, se adicionará el fallo para ordenar a Cosmitet Ltda. que integre una junta médica con conocimiento especializado en cirugías plásticas reconstructivas y estéticas, afecciones cutáneas y trastornos psicológicos (Como los que afirma padecer la actora), y con la participación de la médica dermatóloga, doctora Melisa Giraldo Cano, para que determine si dicho procedimiento tiene un propósito funcional o estético.

En caso de que tengan un propósito funcional u orientado a impedir afecciones psicológicas, deberá proceder autorizar y practicar la cirugía que previamente haya ordenado el cirujano plástico en la consulta especializada.

Esta Sala considera infundados los reparos de la accionada. En primer término, por su manifiesta anticipación a los hechos, dado que se desconoce el resultado de la valoración por el especialista; en segundo lugar, puesto que la cirugía plástica funcional sí está cubierta por el plan de beneficios, por lo tanto, no se requiere verificar los presupuestos para el amparo de servicios que estén excluidos, como lo es la capacidad económica de la interesada y de su familia; y, tercero, porque puede y debe brindar el servicio, sin que ello le comporte incumplir el contrato suscrito con la Fiduprevisora SA, pues la exclusión que referencia solo atañe a tratamientos *“ESTÉTICOS, COSMÉTICOS O SUNTUARIOS Y LOS NO ENCAMINADOS A LA RESTRICCIÓN DE LA FUNCIONALIDAD PERDIDA”* (Folio 51, ib.). Claro es que los funcionales sí los cobija.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores: (i) Se confirmará la sentencia objeto de recurso; (ii) Se adicionará un numeral para ordenar la composición de junta médica para que valore las patologías de la actora y califique si la cirugía tiene un fin estético o funcional.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F a l l a:

1. CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Familia de Pereira.
2. ADICIONAR un numeral, para ORDENAR al doctor Miguel Ángel Duarte Quintero, en calidad de representante legal de Cosmitet Ltda, o quien haga sus veces, en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, evalúe la situación de la menor Manuela Velazco Pulgarinintegrando una junta médica que tenga conocimiento especializado en (i) cirugías plásticas reconstructivas y estéticas, en (ii) afecciones cutáneas y (iii) trastornos psicológicos, como los que afirma padecer la solicitante, con (iv) la participación de la dermatóloga tratante, doctora Melisa Giraldo Cano, para que determine si los procedimientos requeridos tienen o no un carácter funcional (Corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de algún órgano *o impedir afecciones psicológicas),* o estético, argumentado de manera científica y suficiente la conclusión a la cual se llegue.

Determinada la naturaleza del eventual procedimiento que disponga el médico especialista, en caso de que tengan un propósito funcional, deberá proceder a autorizar y practicar la cirugía de resección y reconstrucción de malformaciones en los pabellones auriculares en el menor tiempo posible, sin que en ningún caso supere el término de tres (3) meses contado a partir la notificación de esta sentencia.

1. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

 (Con salvamento parcial)

1. CC. T-207 de 2018 y SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. [T-059 de 2018](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/T-059-18.rtf), T-162 y 034 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-128 de 2016, T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009 y T-989 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-059 de 2018, T-014 de 2017 y T-760 de 2008, entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-309 de 2018, T-215 de 2018, T-299 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-592 de 2016 y T-299 de 2015 [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-7)