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 respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante (s) : Mayra Alejandra Quiroz Bañol

Accionada : Nueva EPS SA

Despacho de origen : Juzgado de Familia de Dosquebradas

Radicación : 66170-31-10-001-2021-00223-01

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 337 de 21-07-2021

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / CIRUGÍA PLÁSTICA / MODALIDADES / COSMÉTICA O DE EMBELICIMIENTO Y FUNCIONAL O RECONSTRUCTIVA / LA SEGUNDA LA AMPARA EL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD / PREVIO CONCEPTO DE JUNTA MÉDICA.**

EL DERECHO A LA SALUD Y LA CIRUGÍA PLÁSTICA: Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que reguló este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

Debe entenderse que a la luz de la precitada ley, 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 (…)”…; solo excluye los servicios mencionados en su 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 (…)”

… 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…

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 (…)”. 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

**ST2-0231-2021**

***Veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Explica el actor que el 11-03-2021, luego de una cirugía bariátrica, ordenó el especialista una: *“abdominoplastia o dermolipectomia de abdomen anterior”*, para eliminar el exceso de piel *“Colgajo gigante abdominal”*, la EPS lo niega porque, supuestamente, era estético. Agregó que lleva más de un año padeciendo las secuelas del procedimiento, ya se hizo los exámenes respectivos y carece de recursos para costear el servicio (Cuaderno No.1, documento No.01).

1. **Los derechos invocados y su protección**

La vida, la salud, la integridad personal, física y psicológica, la seguridad social, la dignidad humana, la intimidad y demás concordantes. Solicita ordenar a la accionada: Autorizar la práctica de la intervención quirúrgica (Cuaderno No.1, documento No.01).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

El *a quo* con auto del 07-05-2021 admitió la acción (Cuaderno No.1, documento No.02); el 21-05-2021 profirió la sentencia (Cuaderno No.1, documento No.05); y, el 31-05-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.22). En esta instancia, el 02-07-2021, se decretan pruebas de oficio; la actora respondió el cuestionario y la accionada desatendió el requerimiento (Cuaderno No.02, documentos Nos.05, 07, 08 y 13).

El fallo tuteló el derecho a la salud y ordenó autorizar y efectuar el procedimiento. La Resolución 5592/2015 establece que las cirugías de carácter funcional están incluidas en el POS (Plan obligatorio de Salud) con cargo al UPC (Unidad de pago por capitación); entonces, como la dispuesta por el galeno, según la historia clínica, no tenía fines estéticos, sino funcionales, era inviable para la EPS negar el servicio, sin siquiera contar con un concepto técnico que justificara su decisión (Cuaderno No.1, documento No.05).

La accionada alega que la Resolución 244/2019 excluyó del PBS (Plan de beneficios en salud), la *“(…) reducción de tejido adiposo de pared abdominal por liposucción (…)”;* por lo tanto, no puede ser financiada con los recursos públicos asignados a la salud. Pidió revocar el fallo o, en su defecto, facultar el recobro ante el ADRES (Cuaderno No.1, documento No.08).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. *La competencia funcional:* La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. *El problema jurídico a resolver*: : ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Juzgado de Familia de Dosquebradas, según la impugnación?
   3. *Los presupuestos generales de procedencia*
      1. *La legitimación en la causa:* Por activa, la actora por estar afiliada a la EPS accionada, en el régimen contributivo (Cuaderno No.1. documento No.01, folios 7-17). En el extremo pasivo, la Nueva EPS SA por ser la afiliadora que le compete garantizar el servicio de salud (Ley 1751).
      2. *La inmediatez.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular. Este requisito *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1).

Se satisface porque la acción se formuló (06-05-2021) (Cuaderno No.1, documento No.01, folio 1) dos (2) días después de comunicada la desestimación del servicio requerido (04-05-2021) (Cuaderno No.1, documento No.01, folios 3 y 11), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2), como razonable.

* + 1. *La subsidiariedad*. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021)[[3]](#footnote-3). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

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

* 1. *El derecho a la salud y la cirugía plástica:* Al tenor del artículo 49 de la CP, 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 su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los 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 reguló este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de universalidad, equidad y eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

Debe entenderse que a la luz de la precitada ley, 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 (…)”* (Resaltado a propósito); solo excluye los servicios mencionados en su 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 (…)”* (Línea de la Sala); y, aplica: *“(…)* *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud (…)*”.

Sin duda, el 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 específicas deba brindarse la prestación requerida, pese a su exclusión, 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 accionada debe demostrar, con fundamento en conceptos médicos, que los procedimientos solicitados tienen fines estéticos, cosméticos o suntuarios, sin relación con algún aspecto funcional o reconstructivo.

1. **El caso concreto analizado**

De acuerdo con las premisas jurídicas anotadas y teniendo en cuenta el petitorio del amparo junto con las pruebas allegadas al expediente, advierte esta Magistratura que se modificará la sentencia opugnada porque se desconoce el objeto del procedimiento dispuesto por el médico tratante; es indispensable esclarecerlo para determinar si la EPS está en la obligación de asegurar su práctica.

La accionada denegó el servicio de salud porque la califica como cirugía estética, excluida del plan de beneficios; empero, tomó la determinación sin valorar la historia clínica y menos contar con soporte científico; solo se limitó a reseñar normas que impiden prestar ese tipo de servicios (Cuaderno No.1, documento No.01, folio 11). Claramente anticipó el resultado y vedó el acceso al sistema de salud de forma arbitraria.

Mírese que la documental da cuenta que la accionante tiene un exceso de piel en el abdomen de *“(…) MALA CALIDAD CON GRAN FLACIDEZ (…) MACERACIÓN DE TEJIDO Y HUMENDAD (…)”* (Cuaderno No.1, documento No.01, folio 9), sin precisión alguna respecto al propósito de la *“(…)* *ABDOMINOPLASTIA O DERMOLIPECTOMÍA DE ABDOMEN ANTERIOR (…)*” ordenada; nada dijo respecto a su finalidad (Estética o funcional); por lo tanto, la EPS debió, antes de desestimar la autorización rogada, realizar un análisis del caso particular con el concurso de especialistas.

Conforme a lo expuesto, preciso es acotar que, a juicio de esta Sala, la decisión opugnada careció de fundamento probatorio suficiente para disponer la práctica de la cirugía. El *a quo* razonó que *“(…) el procedimiento quirúrgico solicitado es necesario, no solamente para garantizar derechos como la dignidad humana o la misma salud en su dimensión psíquica, que ya de por sí tendrían la potencialidad de afectar significativamente el derecho a la salud, sino porque el “gran colgajo cutáneo gigante abdominal” que debe ser removido como se observa en la historia clínica le limita su actividad diaria, le está causando afectación Psicológica e “irritación cutánea”, dificultad para la vestimenta, dorsalgia, afectación en sus movimientos (…)”*; **sin embargo, son aspectos que la historia clínica no revela**.

Las supuestas limitaciones físicas y afecciones psicológicas que la cirugía bariátrica ocasionó a la actora, carecen de prueba. En efecto, son afirmaciones de parte reseñadas en la pieza documental; textualmente se lee en la historia clínica: *“(…) PACIENTE QUE* ***REFIERE*** *AFECTACIÓN PSICOLÓGICA, DIFICULTAD PARA LA VESTIMENTA, DORSALGIA Y AFECTACIÓN EN SUS MOVIMIENTOS (…)”* (Negrilla extratextual) (Cuaderno No.1, documento No.01, folio 9); sin duda se trata del relato del galeno, insuficiente para acreditar que tiene esos padecimientos; necesaria una valoración de profesional en psicología que así lo dictamine, no se trata de hechos de percepción común, ameritan la intervención de un especialista en aquella área de la ciencia médica.

En esta sede, la actora fue requerida para que arrimara pruebas relacionadas, y solo atinó a decir *“(…) No padezco enfermedades (…)”* (Cuaderno No.2, documentos Nos.05 y 08)*;* entonces, diáfano es que en el plenario faltan pruebas que permitan colegir que la cirugía tiene como propósito paliar alteraciones funcionales o de orden emocional.

De acuerdo con lo expuesto, como esta juzgadora carece de elementos de juicio, modificará el fallo para ordenar a la Nueva EPS que integre una junta médica con conocimiento especializado en cirugía plástica reconstructiva y estética, y psicología, para que determine el objeto principal del procedimiento. En caso de que su intención sea corregir alteraciones funcionales o trastornos psicológicos, deberá autorizar y practicar la intervención quirúrgica ordenada por el cirujano plástico, doctor Carlos Mauricio Ramírez.

En síntesis, la EPS se anticipó a los hechos, dado que desconoce el resultado de los especialistas; y, denegó un servicio que, en caso de que tenga la finalidad descrita, está cubierto por el plan de beneficios, pues, única y exclusivamente, se excluyen los que tengan fines estéticos (Resolución No.244 del 31-01-2019).

Finalmente, se desestima el recobro solicitado. El Juez de tutela no debe generar ni definir controversias ajenas a las relacionadas directamente con derechos fundamentales, a más de que la orden tutelar tampoco impide agotar el trámite administrativo respectivo (Resolución No.1885 de 2018); innecesario que la judicatura lo autorice. En el mismo sentido la CC[[8]](#footnote-8) y CSJ[[9]](#footnote-9) en sede de tutela. Tesis consistente y reiterada por las Salas Civil-Familia[[10]](#footnote-10) y Penal para Adolescentes[[11]](#footnote-11)-[[12]](#footnote-12) de este Tribunal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. MODIFICAR el numeral 2º del fallo proferido el 21-05-2021 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, para en su lugar, ORDENAR a la doctora María Lorena Serna Montoya, como representante legal de la Nueva EPS, o quien haga sus veces, que en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, **(i)** Integre una junta médica especializada en: (a) cirugía plástica reconstructiva y estética; y, (b) trastornos mentales, para determinar si el procedimiento requerido tiene un carácter funcional (Corregir alteraciones funcionales orgánicas o emocionales); o, si es de carácter meramente estético; concepto que estará argumentado de

manera científica y suficiente.

Determinada la naturaleza del procedimiento y en caso de tener un propósito funcional, **(ii)** Deberá autorizar y practicar a la señora Mayra Alejandra Quiroz Bañol el procedimiento quirúrgico *“abdominoplastia o dermolipectomía de abdomen anterior”*, ordenado por el cirujano plástico, en el menor tiempo posible, sin que en ningún caso supere el término de dos (2) meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia.

1. ADICIONAR un numeral para NEGAR el recobro ante el ADRES.
2. REMITIR este expediente a la CC para su eventual revisión.

**N o t i f í q u e s e,**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

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

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019 y T-117 de 2019. [↑](#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, T-299 de 2015 y T-381 de 2014. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. Ob. cit., T-0490-2020 y T-003 de 2019. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-727 de 2011, T-464 de 2018 y T-239 de 2019. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. Civil. STC3914 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 19-08-2015; MP: Grisales H., No.2015-00072-01; (ii) 30-09-2015; MP: Grisales H., No.2015-00091-01; y, (iii) 22-08-2019; MP: Grisales H., No.2019-00312-01, entre muchas. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP, Sala No.7 Asuntos Penales para adolescentes. Fallo del 28-05-2014; MP: Arcila R., No.2014-00043-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. TSP, Sala No.4 Asuntos Penales para adolescentes. Fallo del 17-02-2015; MP: Grisales H., No.2014-00477-01. [↑](#footnote-ref-12)