



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
Honda, diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Tutela de primera instancia
Accionante:	Nayib Palomo Barrero
Accionado:	Nueva EPS S.A.
Radicación:	73-349-31-03-001-2023-00007-00

ASUNTO

Decídese la presente acción constitucional.

ANTECEDENTES

1. Solicita Nayib Palomo Barrero la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana, los que estima conculcados por Nueva EPS, pretendiendo que por esta vía se le ordene autorice y realice los "diferentes exámenes y citas en pro del procedimiento quirúrgico denominado MAMOPLASTIA DE REDUCCIÓN BILATERAL", así como el tratamiento integral en salud.

2. Como sustento, narró lo siguiente:

2.1. Que tiene 54 años, es madre soltera, tiene a su cargo un hijo de 20 años de edad con síndrome de Down y síndrome de Marfán, así como una hermana de 44 años con la misma patología, reside en el municipio de Mariquita y se encuentra clasificada en el SISBEN en el grupo 13-de pobreza extrema.

2.2. Que toda su vida ha velado por el sostenimiento, manutención y cuidados personales de los mencionados familiares, utilizando fuerza diaria, que aunado a su estatura de 1.59 metros y el tamaño de su busto (42 copa B), ha desencadenado serias complicaciones en su estado de salud (dolores de espalda, escaras en pliegues y dolores fuertes en los senos).

2.3. Que desde el año 2022 inició los trámites para la cirugía de reducción de senos, pero Nueva EPS se negó a la autorización y realización del prenombrado procedimiento, por inconsistencias en las órdenes médicas.

2.4. Que el 3 enero de 2023 fue atendida en la Clínica Avidanti de Ibagué, refiriendo el galeno tratante que se requiere con urgencia la mamoplastia de reducción y amplía los datos en aras de subsanar la negativa de la EPS.

2.5. Que el 4 de enero de 2022 radicó nuevamente la documentación ante Nueva EPS oficina de Mariquita, habiendo recibido correo electrónico en el que le informaban que su caso se escalaba a la

"*coordinación regional para reasignación cita cirugía plástica*", sin que hasta el momento le hayan fijado fecha para el procedimiento.

3. La tutela fue admitida mediante proveído de 30 de enero de 2023 en contra de Nueva EPS S.A., concediéndole el término de 1 día para descorrer el escrito genitor, lo que en efecto hizo, suplicando se niegue el amparo, arguyendo que: **(i)** ha venido asumiendo todos los servicios médicos que ha requerido Nayib Palomo Barrero para el tratamiento de las patologías que le aquejan; **(ii)** trasladó la solicitud al área técnica para estudio y gestión de lo pertinente; **(iii)** deben adelantarse varios trámites para la obtención de un servicio como orden médica, radicación y vigencia de autorizaciones y aprobación de elementos excluidos de los servicios o tecnologías con cargo a la UPC; **(iv)** que no cabe la orden de tratamiento integral porque "*no resulta procedente tutelar hechos futuros e inciertos.*" Subsidiariamente solicitó autorización para recobro.

4. Agotada la tramitación prevista en el decreto 2591 de 199, pasa el juzgado a emitir decisión de fondo dentro de este trámite preferente.

CONSIDERACIONES

1. Desarrollando los postulados propios de un Estado Social de Derecho, la Carta Política de 1991 incluyó en su artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo del que puede hacer uso toda persona para reclamar ante los jueces, por sí misma o por interpuesta persona, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados en la ley.

En el *sub lite* hay legitimación tanto de la promotora como de la entidad convocada, la primera al invocar la protección de sus derechos fundamentales y la segunda por estar involucrada en la presunta transgresión. Así mismo, hay inmediatez en el reclamo y no se advierte otro medio idóneo y eficaz para obtener la salvaguarda de las garantías constitucionales.

2. Del libelo incoativo, informes y demás documentos acopiados durante el trámite, se extraen los siguientes hechos probados:

2.1. Nayib Palomo Barrero de 54 años, está afiliada a Nueva EPS en el régimen subsidiado y se encuentra domiciliada en Mariquita. (Págs. 12- Pdf. 03.TutelasyAnexos)

2.2. La citada señora tiene diagnóstico de "*hipertrofia de la mama*" (Págs. 13 y 16 Pdf. 03.TutelasyAnexos)

2.3. El 3 de enero de 2023 asistió a consulta especializada en la Clínica Avidanti S.A.S. en Ibagué, ordenándose el procedimiento de "*mamoplastia de reducción bilateral*" (Págs. 13 y 16 Pdf. 03. TutelasyAnexos)

2.4. El 4 de enero de 2023 radicó solicitud de servicio de "*mamoplastia de reducción bilateral*" ante Nueva EPS (Pág. 16 Pdf. 03. TutelasyAnexos), lo que fue contestado mediante correo –sin fecha– en el que se lee "*32-PROBLEMAS DE PERTINENCIA EN EL SUMINISTRO DE LA — No es posible gestionar por directriz regional, caso escalado a*

coordinación regional a la regional para reasignación cita cirugía plástica" (Pág. 17 Pdf. 03. TutelasyAnexos)

2.5. La actora es guardadora de Julián David Palacio Palomo según se desprende de providencia de 29 de enero de 2018 proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Honda. (Págs. 20-22 Pdf. 03. TutelasyAnexos)

3. Como es sabido, el derecho fundamental a la salud comprende "(...) la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica y funcional, tanto física como en el plano de operatividad mental, y de restablecer cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Tal garantía es indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales y una vida en condiciones de dignidad (...) Justamente, su estrecha relación con la dignidad humana, en tanto principio universal de respecto a toda persona, determina su carácter de fundamental y justiciable en el ámbito internacional, así como en el ordenamiento constitucional colombiano (...)">¹

Uno de sus elementos es la accesibilidad, que a voces del literal c) del artículo 6° de la mentada ley implica que "Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información".

3.1. A propósito del derecho a la salud y su relación con las cirugías plásticas, el alto Tribunal Constitucional ha precisado:

"(...) existen dos modalidades distintas de cirugías plásticas que persiguen propósitos disímiles. Así, por una parte, se encuentran los procedimientos cosméticos o de embellecimiento, cuando lo que se busca es mejorar tejidos sanos para cambiar o modificar la apariencia física de una persona; y por la otra, **los procedimientos funcionales o reconstructivos, que apuntan a 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.** Por mandato regulatorio, en el primer caso, es claro que los procedimientos meramente cosméticos o suntuarios que persigan fines de embellecimiento, no están cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud; **mientras que, en el segundo, por tratarse de un problema funcional, es procedente su realización a través de las EPS, siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera.**

(...)

De este modo, las entidades promotoras de salud deben analizar en cada caso en concreto si la cirugía plástica prescrita es calificada como "cosmética" o si se trata de una cirugía "reconstructiva". No obstante, para determinar su funcionalidad, es necesario contar con el criterio del "profesional en salud tratante", como lo indica el artículo 39 de la Resolución No. 5521 de 2013, por lo que no basta la simple afirmación por parte de la EPS para catalogar un procedimiento de cosmético o

¹ Sentencia T-239 de 2019

funcional, pues la misma debe estar acompañada de los respectivos conceptos médicos y argumentos científicos”² (resaltados fuera de texto original)

Esta postura fue reiterada en pronunciamiento posterior, en los siguientes términos:

“De acuerdo con la Resolución 5857 de 2018, por medio de la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Sistema General de Seguridad Social en Salud, existen dos tipos de cirugías plásticas: (i) estéticas, cosméticas o de embellecimiento, y (ii) reparadoras o funcionales. Las primeras se realizan “con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente, sin efectos funcionales u orgánicos”. La segunda, “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”.

*31. Esta distinción es fundamental. Mientras que las cirugías plásticas estéticas, cosméticas o de embellecimiento están excluidas del Plan de Beneficios de Salud (PBS), **las cirugías plásticas reparadoras o funcionales están cubiertas por este y tienen cargo a la unidad de pago por capitación (UPC), siempre y cuando el médico tratante hubiere catalogado el procedimiento como tal.** Corolario de esto es que los recursos públicos asignados a la salud no pueden destinarse a financiar servicios o tecnologías en las que se advierta que la finalidad principal sea meramente cosmética o suntuaria, no relacionada con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas”³ (resaltados fuera de texto original)*

3.2. Bajo la anterior tesis, es claro que la “*mamoplastia de reducción bilateral*” ordenada a Nayib Palomo Barrero no es con finalidad estética o embellecimiento prolijo, sino con carácter funcional o reparador, para tratar la patología de “*hipertrofia de la mama*” que la aqueja, como se desprende de la anotación dejada por el galeno tratante al prescribir dicho procedimiento, en la que se lee tiene como fin “*aminorar complicaciones como intertrigo y dolor crónico incapacitante, se trata de una cirugía con indicación funcional o reconstructiva así utilice técnicas de cirugía estética*”.

Memórese, “*las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, que a su vez son suministrados por las IPS, no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas, como el cambio de un contrato médico. En efecto, cuando existe una interrupción o dilación arbitraria, esto es, que no está justificada por motivos estrictamente médicos, las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se desconoce el*

² Sentencia T-299 de 2015

³ Sentencia T-365 de 2019

derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud.”⁴

Es evidente la dejadez de Nueva EPS, pues no demuestra las gestiones efectuadas para que la *"mamoplastia de reducción bilateral"* que necesita la promotora se lleve a cabo con prontitud, obrando al respecto la prescripción médica de 3 de enero de 2023 y la radicación pertinente el día siguiente, sin que hasta el momento se haya materializado el procedimiento, aparentemente por cuestiones administrativas y logísticas, pues se anunció la remisión del caso a la respectiva regional, y allí se quedó todo, mostrando total desprecio e indiferencia frente a la situación médica que afecta a la afiliada.

En línea con lo que viene, se otorgará la salvaguarda incoada.

4. La integralidad como principio rector consagrado en el artículo 8º de la ley 1751 de 2015, tiene como fin asegurar la efectiva prestación de la salud y por ello, el sistema debe brindar servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo lo necesario para que la persona goce del nivel más alto de salud o padezca el menor sufrimiento posible.

Es por ello que "las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el medico considere indispensables para tratar las patologías del paciente. Sin embargo, estas acciones están cualificadas, en este sentido, la Corte evidenció que a prestación de los medicamentos no se debe realizar de manera separada, fraccionada "o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan". Lo anterior con la finalidad no solo reestablecer las condiciones básicas de las personas o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias. La garantía del tratamiento integral no se reduce a la prestación de medicamentos o de procedimientos de manera aislada. Por el contrario, abarca todas aquellas prestaciones necesarias para conjurar que puede sufrir una persona, ya sean físicas, funcionales, psicológicas, emocionales e inclusive sociales"⁵

4.1. La Corte Constitucional ha señalado que hay lugar a otorgar tratamiento integral cuando: *"(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente; (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas, personas con discapacidad física o que padezca de enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que exhiben condiciones extremadamente precarias e indignas"⁶*

4.2. Conforme a lo avistado en precedencia (negligencia), se configura en el *sub júdice* la primera hipótesis, lo que habilita la orden de tratamiento integral, lográndose con ello *"(i) garantizar la*

⁴ Sentencia T-234 de 2013

⁵ Sentencia T-266 de 2020

⁶ Sentencia T-259 de 2019

*continuidad en la prestación de este servicio público y (ii) evitarle al accionante la interposición indefinida de acciones de tutela, por cada nuevo servicio de salud que se ha ordenado por el médico adscrito a la entidad, derivado de la misma patología"*⁷.

5. Finalmente, respecto a los pedidos de Nueva EPS, rápidamente se dirá:

5.1. *"Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridas con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no dependen de decisiones de jueces de tutela"*⁸, debiendo decirse que de la reglamentación vigente no se desprende que haya derecho a lo propio, pues a partir de lo regulado por el Ministerio de Salud en la resolución No.205 de 2020 los recobros solo proceden ante ciertos casos especialísimos y siempre que se trate de servicios y tecnologías no financiadas con la UPC ni con el presupuesto techo anual, no siendo éste uno de los casos, en tanto todo lo que se asuma por cuenta de fallos de tutela debe ser cubierto con cargo al presupuesto anual, como se explicita en el parágrafo 6° del artículo 5° del prenombrado acto administrativo.

5.2. La orden médica fue expedida el 3 de enero de 2023 y la usuaria la radicó de forma diligente. La circunstancia de que tuviera vigencia hasta el 2 de febrero de 2023, no impone que la accionante deba someterse a nuevas valoraciones para renovación de la misma, por cuanto la demora, que despunta en que a la fecha el procedimiento no se haya materializado, es achacable únicamente al obrar desidioso de la aseguradora en salud.

6. Como se anunció, se accederá a la súplica constitucional, con los mandatos de rigor.

DECISIÓN

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda - Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE**:

1. Amparar los derechos fundamentales a la vida, a la salud integral y a la dignidad humana de Nayib Palomo Barrero, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.838.804.

2. Ordenar a Nueva EPS S.A. que, dentro de los 20 días siguientes a la notificación de providencia, agote todo lo que sea del caso (exámenes, valoraciones pre-operatorias y demás) y se practique el procedimiento *"mamoplastia de reducción bilateral"* ordenado a la accionante.

⁷ Sentencia T-1065 de 2012

⁸ Sentencia T - 122 de 2021

3. Ordenar a Nueva EPS S.A. prestar de manera completa y sin ningún tipo de dilación todos los servicios que en lo sucesivo requiera Nayib Palomo Barrero para el tratamiento integral de su enfermedad "*Hipertrofia de la mama*", así como de sus evoluciones o complicaciones posteriores, en la cantidad, con las especificaciones y periodicidad que fijen sus médicos tratantes.

4. Negar la autorización para tramitar recobro solicitada por Nueva EPS.

5. Notificar esta decisión a las partes de conformidad con lo consagrado en el Decreto 2591 de 1991.

6. Si no fue impugnado, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese,

El Juez,



FABIÁN MARCEL LOZANO OTÁLORA

Firma escaneada de acuerdo con lo autorizado en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020
(Rad.2023-00007-00)