

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO

Buenaventura, Valle del Cauca, noviembre nueve (9) de dos mil veintiuno
(2021)

SENTENCIA No. 45

ACCIÓN DE TUTELA: 76-109-31-03-003-2021-00089-00
ACCIONANTE: PAOLA ANDREA ASTUDILLO MORENO
ACCIONADO: NUEVA EPS Y OTROS.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a emitir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** promovida por la señora **PAOLA ANDREA ASTUDILLO MORENO** a través de apoderado judicial contra la **NUEVA EPS**, por la presunta vulneración al derecho a la salud.

ANTECEDENTES

La promotora aduce que el 21 de septiembre de 2021, su médico tratante le diagnosticó un tumor maligno de cáncer de mama, ordenándole mediante remisión médica no. 18294653 dos cirugías, entre ellas, el procedimiento quirúrgico identificado bajo código no. 853002 y denominado “*PEXIA MAMARIA [MAMOPEXIA] BILATERAL*”, el cual fue negado su autorización por parte de la NUEVA EPS.

Refiere que, hace dos años le diagnosticaron un cáncer de mama en su seno izquierdo, cuya patología fue tratada por 15 quimio terapia y por extracción del tumor cancerígeno; en el proceso reaparece una adenosis según la cual no se le había podido identificar con anterioridad por las prótesis que lleva implantadas en sus senos, aun así, se le practicó una nueva cirugía para extraérsela.

Debido a lo anterior solicitó, el amparo de su derecho a la salud y, se le ordene a la entidad fustigada practicar el procedimiento quirúrgico aludido, así como, sus medicamentos, exámenes, consultas y demás procedimiento que demande la atención de su dolencia.

TRÁMITE

El conocimiento de la acción de tutela le correspondió a este Despacho por reparto efectuado por la Oficina de Apoyo Judicial de la localidad siendo admitida mediante auto No. 894 de octubre 29 del presente año en contra de la entidad censurada, vinculándose a la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BUENAVENTURA, SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES y la PERSONERÍA DISTRITAL DE BUENAVENTURA, otorgándole el término de dos (2) días para que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen al presente trámite y ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

La Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca señaló que, revisada la base de datos del ADRES, la tutelante se encuentra adscrita a la NUEVA EPS en el régimen contributivo en calidad de beneficiaria, por lo que la prestación de los servicios de salud le corresponde a aquella, por lo que solicita su desvinculación.

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, manifiesta que, la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la impulsora, y en consecuencia solicita su desvinculación de la presente acción constitucional, así mismo, predica negar la facultad de recobro, toda vez que mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020, la ADRES ya transfirió a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud.

La NUEVA EPS, indica que, una vez se validan los soportes allegados en la acción de tutela se evidencia que el servicio médico reclamado por la gestora, se encuentra por fuera del plan de beneficios - PBS - es así que se requiere adelantar los trámites correspondientes ante el MIPRES.

Aduce que, de acuerdo con lo señalado en el numeral 41 del anexo de la Resolución número 000244 del treinta uno (31) de enero de 2019¹, establece que este tipo de procedimiento es un servicio excluido del Plan de Beneficios de Salud, motivo por el cual está tecnología no puede financiarse con recursos públicos de la salud.

¹ Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud

Afirma que, la CX² de Pexia Mamaria es denominada también levantamiento de pecho que es un procedimiento que permite devolverle la posición y la forma al seno del paciente, por lo que asegura que se trata de un procedimiento estético.

En relación al tratamiento integral, señala que, dicha prestación está limitada a la prestación de tecnologías en salud, y que, por lo tanto, si el Despacho así lo determina deberá ordenarlo en forma expresa en el fallo de tutela. Por lo anterior, solicita no conceder el amparo constitucional por estar excluido del PSB, y en efecto se niega el tratamiento integral.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela es una figura consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentada en el Decreto 2591 de 1991. Está concebida como un mecanismo de defensa y protección inmediata de los Derechos Fundamentales de toda persona, 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 ibidem.

Así mismo, estos requisitos se cumplen a cabalidad, puesto que la promotora invoca la protección de su derecho fundamental a la salud, y en cuanto a la entidad accionada, la NUEVA EPS, es la llamada a eventualmente responder por los cargos que endilga la presente acción, existiendo legitimación en las partes; y en lo que atañe al derecho invocado, hace parte de aquellos considerados como fundamentales por nuestra Constitución Política.

Se circunscribe este caso a determinar, si es necesaria la intervención del Juez constitucional para proteger las garantías fundamentales de la gestora, quien predica que la NUEVA EPS, vulnero su derecho fundamental a la salud al abstenerse de autorizar y practicar el procedimiento quirúrgico denominado “*PEXIA MAMARIA [MAMOPEXIA] BILATERAL*”.

Para resolver el caso puesto en consideración, se abordará el derecho fundamental a la salud y su protección especial para sujetos que padecen de cáncer, inclusión e exclusión del plan básico de salud – PBS – y distinción entre procedimientos estéticos y funcionales.

El artículo 49 de la Constitución consagra que la atención en salud es una responsabilidad a cargo del Estado, en cuanto a su organización, dirección

² De aquí en adelante la abreviatura CX, referirá a cirugía.

y reglamentación. En ese sentido, la prestación de los servicios de salud se debe realizar de conformidad con principios de la administración pública tales como la eficiencia, la universalidad y la solidaridad. Es por ello, que en los términos del artículo 4° de la Ley 1751 de 2015 el sistema de salud es definido como “(...) *el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud*”³

Para la procedencia de la acción de tutela en salud, señala la alta Corporación, que no es necesario que acaezca un riesgo letal, toda vez que dentro de las finalidades de esta acción se encuentra ser “preventiva”, es decir, está diseñada precisamente para evitar un daño irreparable.⁴

En desarrollo de lo previsto por los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el legislador implementa el Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵; pero como los recursos de que éste se nutre, no son suficientes para que el Estado asuma la totalidad de las necesidades que demanda la atención en salud a toda la población, éstos deben destinarse prioritariamente a lo más urgente e indispensable, para hacer posible el cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integridad que lo rigen. Así, para que el sistema sea viable financieramente, en la normatividad respectiva se estableció tanto un plan de cubrimiento obligatorio, el POS, como se previó un régimen de exclusiones de servicios del mismo y se reguló lo atinente al procedimiento para obtener la autorización de suministro de los servicios no incluidos en el plan.

Para el caso puesto en consideración, se establece que la señora **PAOLA ANDREA ASTUDILLO MORENO** padece de una enfermedad catastrófica donde se le ordeno por el medico tratante⁶ un procedimiento quirúrgico denominado “*PEXIA MAMARIA [MAMOPEXIA] BILATERAL*”. También se establece que la NUEVA EPS – entidad prestadora de salud que se encuentra afiliada la tutelante – se nego a autorizarle dicho tratamiento con

³ Artículo 4° de la Ley 1751 de 2015.

⁴ T-260 de noviembre 27 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz

⁵ Ley 100 de 1993 en su libro II, artículos 202 y 211. Las prestaciones de cada uno de los regímenes, aparecen contempladas en la Resolución 5261 de 1994, y el Acuerdo 228 de 2002 que fija el listado de medicamentos para el régimen contributivo, el Acuerdo 306 de 2005, que comprende el plan obligatorio de salud para el régimen subsidiado y el Acuerdo 03 de 2009, por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivos y Subsidiado.

⁶ Dra. Carmen Elvira Hidalgo Ibarra. Médica – cirugía plástica, estética reconstructiva.

fundamento en que el servicio médico que se reclama, se encuentra excluido del plan de beneficios - PBS – de acuerdo con lo señalado en el numeral 41 del anexo de la Resolución número 000244 del treinta uno (31) de enero de 2019⁷, instándola a adelantar los trámites correspondientes ante el MIPRES y que el procedimiento denominado también como levantamiento de pecho, es un procedimiento que permite devolverle la posición y la forma al seno del paciente, por lo que asegura que se trata de un procedimiento estético.

No obstante, revisada la normatividad que gobiernan las exclusiones en este asunto, se tiene que el anexo de la Resolución número 000244 del treinta uno (31) de enero de 2019⁸, establece el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la Salud, entre ellos, se encuentra en su numeral 41 en el punto de servicio o tecnología, el procedimiento “*PEXIA MAMARIA (MAMOPEXIA) BILATERAL*”, pero seguidamente precisa “*CON FINES ESTETICOS; PTOSIS MAMARIA*”, lo que traduce que, delimita su exclusión netamente a dichos objetivos, esto es, estéticos y que por regla excepcional, no se encuentran cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud.

A este último punto, la Corte Constitucional ha dicho:

“se debe resaltar que hay dos tipos de intervenciones quirúrgicas que pueden parecer similares pero tienen diferentes finalidades, es decir, la de carácter estético y la de rehabilitación o recuperación funcional. La primera de ellas tiene como finalidad “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”⁶⁶; mientras que la segunda tiene como fin “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” (...) existen cirugías estéticas que persiguen dos propósitos distintos: el estético o cosmético cuando buscan mejorar tejidos sanos para embellecer el cuerpo, y el funcional o reconstructivo cuando son necesarias para tratar una enfermedad”⁹.

⁷ Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud

⁸ Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud

⁹ Sobre ello, las sentencias Corte Constitucional, Sentencia T-579 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Corte Constitucional, Sentencias T-793 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-579 de 2017 y T-579 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; y T-392 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Reiterada en las T-003 de 2019.

Agrega que “una cirugía será calificada como estética o funcional con base en una valoración o dictamen científico que se encuentre debidamente soportado”, lo que no se encuentra establecido dentro del plenario por parte de la entidad accionada, pues solo se limitó a afirmar que se trata de una cirugía estética, sin controvertir la prescripción profesional de la Dra. Carmen Elvira Hidalgo Ibarra¹⁰ con una pericia científica que lograra desvirtuar la orden médica no. 18294653 del 21 de septiembre de 2021, en la cual le prescribió la cirugía de PEXIA MAMARIA [MAMOPEXIA) BILATERAL con base en el diagnóstico de un tumor maligno de mama¹¹.

En efecto, no se demostró por la entidad accionada el asegurado carácter estético de la cirugía solicitada por la accionante para desvirtuar el diagnóstico científico, proveniente de una profesional de la medicina adscrita a la entidad convocada, quien, al tener los conocimientos directos del estado de salud de la suplicante, y asumiendo la responsabilidad de su diagnóstico, resulta ser la persona idónea para marcar el rumbo del tratamiento médico.

Nótese que la Corte Constitucional ya se refirió sobre la interpretación del artículo 15 de la ley 1751 de 2015¹², enfatizando que “*por regla general, todos los servicios de salud que no se encuentren expresamente excluidos del conjunto de servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del Sistema de Salud se entienden incluidos (...) el plan de beneficios en salud está planteado de forma tal que, en caso de que un servicio no se encuentre expresamente excluido, deberá entenderse incluido. En consecuencia, el otorgar una tecnología en salud que no esté expresamente excluida del PBS, en ningún caso debe suponer un trámite adicional a la prescripción que realiza el médico tratante, pues ello implicaría una barrera en el acceso a los servicios y medicamentos cubiertos por el PBS*”¹³.

Al tener la cirugía de PEXIA MAMARIA [MAMOPEXIA) BILATERAL un criterio funcional representado en el diagnóstico de un tumor maligno de mama, se trata de una enfermedad catastrófica que debe ser atendida por la entidad que presta los servicios de salud de la accionante, cuya actitud

¹⁰ Médica – cirugía plástica, estética reconstructiva.

¹¹ PDF. 2 PÁG. 4.

¹² “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”.

¹³ Sentencia T-124 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. En este mismo sentido, ver la Sentencia T-364 de 2019 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), que dispuso: “De esta manera, se constata la existencia de un nuevo diseño del plan de servicios y tecnologías en salud, antes conocido como Plan Obligatorio de Servicios (POS) -hoy Plan de Beneficios (PBS), en el que, a diferencia del modelo anterior, se entienden incluidos en el PBS todos los servicios y tecnologías prescritos en salud, a excepción de los que sean expresamente excluidos por el Ministerio como resultado de un procedimiento técnico científico (...) este Tribunal consideró que las exclusiones resultaban congruentes con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios y tecnologías se constituye en regla y las exclusiones son la excepción, siempre que estas sean expresas y taxativas.”. Reiterada en la T-122 de 2021

ha sido un obstáculo a que se le practique el procedimiento quirúrgico a la reclamante, conculcando así su derecho a la seguridad social y a la salud de la señora Paola Andrea Astudillo Moreno, contrariando la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ y la Jurisprudencia Constitucional donde *“ha prohibido a las E.P.S. negar el servicio de la reconstrucción mamaria con prótesis, por cuanto dicha conducta vulnera el derecho fundamental a la salud de los pacientes”*¹⁵.

Además, la patología oncológica que padece la postulante, conlleva a volverse *“indispensable la prestación del servicio de manera integral, brindándole todos los tratamientos, medicamentos y procedimientos necesarios para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones”*¹⁶, de tal manera que, no puede volver a verse interrumpida, como sucedió en esta oportunidad por parte de negligencia de la NUEVA EPS, en proyectar trabas administrativas por interpretaciones desatinadas.

En este orden de ideas, el Despacho procederá a amparar el derecho invocado por la impulsora de esta acción, por cuanto, fue patente la vulneración a las garantías fundamentales a la salud y dignidad humana, de acuerdo a lo indicado en precedencia, y en efecto, se ordenará a la NUEVA EPS, autorice, programe y realice la cirugía ordenada por el médico tratante, consistente en una PEXIA MAMARIA [MAMOPEXIA] BILATERAL, así como, el tratamiento posterior a ello tendiente a su recuperación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA VALLE**, Administrando Justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

PRIMERO: AMPARAR la presente solicitud de tutela presentada por la señora **PAOLA ANDREA ASTUDILLO MORENO**, en virtud a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹⁴ Artículo 4. Derecho a la vida.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-860 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-531 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-913 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-517 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-584 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-793 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-826 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-134 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-285 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-945 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-152 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-375 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; T-467 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; entre otras. Reiterada en la sentencia T-003-2019.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-239 de 2015, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Reiteración en la T-003 de 2019.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la fecha de notificación de la presente sentencia, autorice, programe y realice la cirugía ordenada por el médico tratante, consistente en una PEXIA MAMARIA [MAMOPEXIA] BILATERAL.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS que, con posterioridad a la práctica de la cirugía, realice los controles postoperatorios que sean necesarios para garantizar la plena recuperación de la señora Paola Andrea Astudillo Moreno.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes este pronunciamiento en la forma más rápida y expedita de conformidad con el Art. 30 del decreto 2591/91, como también por estado.

QUINTO: ORDENAR el envío de la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta providencia no fuere impugnada (Decreto 2591/91, ART. 31).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Con firma electrónica)
ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN

Juez

jmlp

Firmado Por:

Erick Wilmar Herreño Pinzon
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 003
Buenaventura - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **95fde185956f2dc9c568e05e2ff94e2258ab91badd0dae40a86e1bf2727d76be**
Documento generado en 09/11/2021 09:05:44 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>