



San Martín, Cesar, nueve (09) de septiembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 20 770 40 89 001 2021-00197-00

ACCIONANTE: DANIELA NAVARRO MERCADO

ACCIONADO: ASMET SALUD EPS

VINCULADO: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN
SOCIAL-ADRES-SECRETARIA DE SALUD
DEPARTAMENTAL DEL CESAR Y SUPERINTENDENCIA
NACIONAL DE SALUD.

DERECHOS FUNDAMENTALES: SALUD, A LA VIDA
DIGNA, MINIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL

ASUNTO: SENTENCIA

OBJETO A DECIDIR:

En oportunidad legal procede el Despacho a emitir el fallo que corresponda dentro de la presente ACCION DE TUTELA, puesto que se ha trabado la correspondiente litis, existe legitimación por activa y pasiva, estamos en presencia de los presupuestos procesales y no se observan irregularidades de las que afectan de nulidad la actuación.

ACCIONANTE:

La acción de tutela fue presentada por la señora DANIELA NAVARRO MERCADO identificada con la C.C. N° 1.003.091.158

ACCIONADO:

La acción constitucional está dirigida en contra de:

ASMET SALUD EPS S.A.S

El despacho mediante auto Admisorio de fecha 30 de agosto de 2021, decidió vincular como accionado a la siguiente entidad:

- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.
- ADRES.
- SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR.
- SUPERINTENDENCIA DE SALUD.



HECHOS:

Los hechos que sustentan esta acción constitucional los resume el despacho de la siguiente manera:

La accionante manifiesta que se encuentra afiliado al sistema de Seguridad Social en Salud, actualmente a través de la entidad accionada **ASMET SALUD EPS SAS**.

Manifiesta la accionante que desde temprana edad su seno derecho empezó a aumentar de tamaño de manera descomunal, por esta razón inicio un tratamiento médico de cirugía plástica, en el cual le diagnosticaron asimetría mamaria por síndrome de Poland congénito y le recomendaron reducción mamaria del seno derecho y pexia mamaria izquierda.

Por el anterior diagnostico le fue solicitado por el médico tratante valoración pre-anestésica y procedimiento quirúrgico reducción mamaria derecha (pos) y pexia mamaria izquierda no pos código 853001, mastopexia unilateral y este fue solicitado al MIPRES.

Además de lo anterior manifiesta la accionante que la respuesta a la orden medica fue exclusión del plan de beneficiarios del pos y que esta situación le está causando graves problemas sociales y psicológicos.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La presente acción de tutela fue presentada al correo institucional del juzgado el día 30 de agosto de 2021 y mediante auto de la misma fecha se admitió la acción constitucional. Asimismo, se libraron por secretaria los oficios de notificación a las partes a través de sus direcciones de correo electrónico.

PRETENSIONES:

La accionante solicita que de manera inmediata se emitan ordenes médicas para la realización de exámenes, citas y se programe la cirugía y los procedimientos requeridos para el tratamiento de la patología que presenta la accionante.

Además de lo anterior se ordene el procedimiento quirúrgico reducción mamaria derecha (pos) y pexia mamaria izquierda no pos código 853001, mastopexia unilateral, junto a esto el pago de viáticos, transportes, estadía para la accionante y un acompañante a los municipios en los cuales va a recibir la atención médica.

PRUEBAS:

- copia cedula de ciudadanía.
- copia historia clínica
- Ordenes médicas.



CONTESTACIÓN:

Responden a la siguiente acción verificando que la Sra. DANIELA NAVARRO MERCADO, se encuentra afiliada en estado activo.

Responden que, revisados los hechos del presente trámite Constitucional, verifican que la accionante solicita le sea autorizada la cirugía de REDUCCIÓN MAMARIA DERECHA Y PEXIA MAMARIA IZQUIERDA y que este procedimiento es considerado una exclusión del pos y es señalado como una negación de servicios.

Con relación a la atención integral, no está llamada a prosperar, como quiera que, se advierte que mi representada ASMET SALUD EPS ha brindado la atención en salud que ha requerido la usuaria, autorizando, programando todos los servicios de salud que ha requerido hasta la fecha

PETICIÓN PRINCIPAL

Solicitan que no sea concedida la acción de tutela toda vez que ASMET SALUD EPS, ha garantizado los servicios de salud requeridos por la accionante, además NEGAR la solicitud de ordenar a ASMET SALUD EPS autorizar el procedimiento quirúrgico PEXIA MAMARIA IZQUIERDA.

Además de lo anterior la accionada ASMET SALUD EPS solicita negar el tratamiento integral solicitado por la accionante toda vez que, le han cumplido con todo lo que ha solicitado la señora NAVARRO MERCADO.

Respuestas vinculadas

DE LA PARTE VINCULADA MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, manifiestan que no les consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

En consecuencia, solicitamos respetuosamente exonerar al Ministerio de Salud y Protección Social, de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela.

DE LA PARTE VINCULADA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, responden que, de la Acción de Tutela, se extracta De la acción constitucional se extracta que al accionante el médico tratante ordenó procedimiento quirúrgico, a la fecha de la presente acción de tutela se encuentra pendiente para recibir la autorización que requiere de carácter urgente.

Por lo anterior la parte accionante solicita se presten los servicios ordenados y se le brinde atención integral, en este caso se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto

Email: j01prmpalsanmartin@cendoj.ramajudicial.gov.co

Carrera 12 No.16-16 Argemira Pedraza Tel. 5548098

San Martín, Cesar



del médico tratante en los conflictos entre este y la eps accionada, por cuanto la decisión de ordenar por parte de su médico tratante obedece a la enfermedad o síntomas que padece el paciente, a la formación y conocimiento del galeno.

Solicitan declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia Nacional de Salud y reiterar al Señor Juez para que se sirva desvincularnos de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela.

DE LA PARTE VINCULADA ADRES manifiestan que, de la lectura de la acción de tutela de la referencia, se puede concluir que la accionante, solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y a la vida, en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, quien no ha realizado la prestación de servicios de salud en las condiciones de normalidad.

De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Además, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

COMPETENCIA:

Este juzgado es competente para tramitar y decidir la presente acción de tutela, por ser un Juzgado de categoría Municipal, al cual le correspondió el reparto de tutelas de primera instancia, en razón de la naturaleza del hecho, por los sujetos y domicilio del accionante al presente trámite tutelar, por tanto con fundamento en lo previsto en el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000 recientemente modificado por el Decreto 1983 de 2017, resulta competente este Despacho para conocer de la acción de tutela de la referencia.

PROBLEMA JURÍDICO:

Determinar si la EPS-S AMET SALUD, vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, mínimo vital y seguridad social de la señora DANIELA NAVARRO MERCADO, al no suministrarle lo relacionado con su diagnóstico ASIMETRÍA MAMARIA POR SÍNDROME DE POLAND CONGÉNITO y con la cirugía de REDUCCIÓN MAMARIA DERECHA Y PEXIA MAMARIA IZQUIERDA, junto a esto hospedaje y transportes, para el tratamiento de sus patologías, además de los elementos para poder garantizar una vida digna.



TESIS DEL DESPACHO:

La entidad accionada ASMET SALUD EPS, vulnero de manera total, el derecho a la salud, a la vida, mínimo vital, y seguridad social de la señora la señora DANIELA NAVARRO MERCADO identificada con la C.C. N° 1.003.091.158, toda vez que al accionante, se le ha ordenado por parte del médico de la EPS cirugía de REDUCCIÓN MAMARIA DERECHA Y PEXIA MAMARIA IZQUIERDA, tal como obra en la historia clínica y que aporta la accionante, además de esto no se pronuncian a sobre los gastos de transporte y alojamiento para ella y un acompañante a fin de asistir a las citas de control con especialistas dentro de sus patologías ASIMETRÍA MAMARIA POR SÍNDROME DE POLAND CONGÉNITO, sin embargo la no puesta en marcha de un equipo médico que evalúe y realice las actividades tendientes a salvaguardar la vida de la accionante podría causar mayores problemas a su salud, sin olvidar las sanciones que se pueden generar por incumplimiento y desacato normado en el art.52 del decreto 2591 de 1991.

JURISPRUDENCIA:

Distinción entre procedimientos estéticos y funcionales.

La relativa a tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor, no puede ser cubierta con los recursos previstos para el Plan de Salud del Magisterio. En este punto resulta necesario hacer unas precisiones respecto de las diferencias que existen entre una atención médica con fines estéticos o cosméticos y aquellas de carácter funcional.

Partiendo de lo anterior, se debe resaltar que hay dos tipos de intervenciones quirúrgicas que pueden parecer similares, pero tienen diferentes finalidades. 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 de contrarrestar las afecciones.

Ahora bien, las cirugías que se enmarcan dentro de la clasificación de estéticas, cosméticas o suntuarias, por regla general, no se encuentran cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, así como tampoco los efectos secundarios previsibles que de este tipo de procedimientos se puedan llegar a derivar.

La Corte Constitucional ha señalado que una cirugía será calificada como estética o funcional con base en una valoración o dictamen científico que se encuentre debidamente soportado. Dicha clasificación no puede ser realiza con base en parámetros administrativos o financieros de la entidad prestadora del servicio de salud y, mucho menos, de los criterios subjetivos del paciente que solicita la realización de la intervención.



La distinción de estos dos tipos de cirugías ha sido estudiada en varias sentencias de la Corte Constitucional y ha sido aplicada al régimen general de seguridad social integral de salud. No obstante, la postura expuesta podría ser adaptada para el caso del Plan de Salud del Magisterio por analogía, pues ambos regímenes deben regirse por los mismos principios, tal y como el de la integralidad.

En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado que: “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”.

De otra parte, esa Alta Corporación ha señalado unos criterios para saber en qué casos se está o no ante una cirugía estética o una reconstructiva: “la cirugía estética con fines de embellecimiento es aquella que no tiene una patología de base y busca exclusivamente embellecer o rejuvenecer tejidos sanos o normales de las personas. A su turno, la cirugía estética reconstructiva (incluida en el P.O.S.) tiende a recuperar la forma o la función perdida como consecuencia de un trauma o una enfermedad”. La analogía ha sido aplicada en este tipo de casos por la Corte Constitucional.

De igual forma, en el caso de una docente que pertenecía al régimen de excepción del magisterio y a quien el FOMAG le negó la autorización de una cirugía de mama ordenada por su médico tratante, la Corte Constitucional reiteró en la existencia de procedimientos quirúrgicos que, en principio, pueden catalogarse como estéticos y, luego, adquieren la connotación de funcionales o reconstructivas, por ser necesarios para garantizar el ejercicio del derecho a la salud. En dicho fallo se señaló que la Corte: “(...) en múltiples oportunidades a propendido por la protección de la vida en forma integral, buscando que la persona obtenga del Sistema de Seguridad Social una solución satisfactoria a sus dolencias físicas y psicológicas, que afecten su normal desarrollo en sociedad. Incluso, ha ordenado la realización de cirugías que, prima facie, podrían catalogarse como estéticas, pero conllevan una connotación funcional fundamental, en aras de garantizar la vida digna, sin compromiso de la salud física y síquica.

En la sentencia T-392 de 2009, la Corte Constitucional respecto a las cirugías estéticas y funcionales sostuvo 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. Queda claro entonces, que las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del PBS, mientras que las reconstructivas o funcionales si entienden incluidas y a cargo de las EPS.



En la sentencia T-381 de 2014, se establecieron unas reglas para ser aplicadas a casos en los que se niega una cirugía arguyendo que se trata de una intervención con una finalidad estética y no funcional, a saber: “(i) Que el caso no esté clasificado como una cirugía estética, esto es, que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico. (ii) Que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología. (iii) Que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal y a los derechos sexuales. (iv) Que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita. (v) Que los efectos negativos de la enfermedad ameriten la intervención inmediata del juez constitucional, para evitar un perjuicio irremediable.”

Lo expuesto lleva a concluir que, efectivamente, las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del Plan. Sin embargo, las reconstructivas o reparadoras de carácter funcional se pueden entender incluidas y las IPS deberán responder por su autorización y realización; con fundamento en el lineamiento antes mencionado, en virtud del cual “todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido”, así como también por tratarse de un procedimiento de rehabilitación.

En la sentencia T-307 de 2006 se reiteró el concepto amplio de salud y se agregó que no sólo es visto de esa manera a nivel nacional sino también internacionalmente. Se hizo alusión a la Observación 14 del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales en el que se consagró que: “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente (...) un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. (Subrayado fuera del texto) La Corte señaló que, a través de la referida observación, el Comité enfatizó en la necesidad de interpretar de manera amplia el concepto de salud contenido en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto.

4. El cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante. Reiteración jurisprudencial

4.1. Transporte. Según la Ley 1751 de 2015, artículo 6°, literal c, “(l)os 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” (Resaltado propio). En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos^[27], lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.

Resulta importante diferenciar entre el transporte intermunicipal (traslado entre municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio)^[28]. En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018-“*Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)*”, el cual busca que “*las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y*



tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución” (Resalta la Sala).

Bajo ese entendido, dicha Resolución consagró el Título V sobre “*transporte o traslado de pacientes*”, que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales “*el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente **se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS***”¹(Resaltado propio).

Siguiendo lo anterior, en principio el paciente únicamente está llamado a costear el servicio de transporte cuando no se encuentre en los eventos señalados en la Resolución 5857 de 2018^[30]. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que cuando el servicio de transporte se requiera con necesidad y no se cumplan dichas hipótesis, los costos de desplazamiento no se pueden erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante. Por consiguiente, “*es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS***” (Negrilla fuera de texto original).

En consideración a lo anterior se han establecido las siguientes subreglas que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018:

- “i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente^[31].*
- ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.*
- iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.*

En relación con el transporte intramunicipal, esta Corporación ha evidenciado que “*no se encuentran incluidos expresamente en el PBS con cargo a la UPC*”, por consiguiente, cuando el profesional de la salud advierta su necesidad y verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en los anteriores párrafos, deberá tramitarlo a través del procedimiento de recobro correspondiente^[32].

4.2. Alimentación y alojamiento. La Corte Constitucional reconoce que estos elementos, en principio, no constituyen servicios médicos, en concordancia, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o por su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para



asistir a los servicios de salud, excepcionalmente, esta Corporación ha ordenado su financiamiento.

Para ello, se han retomado por analogía las subreglas construidas en relación con el servicio de transporte. Esto es, (i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) puntualmente en las solicitudes de *alojamiento*, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige “*más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento*”^[33].

4.3. Transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante. En algunas ocasiones el paciente necesita un acompañante para recibir el tratamiento médico. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando (i) se constate que el usuario es “*totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento*”; (ii) requiere de atención “*permanente*” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado^[34].

4.5. Financiación. Según la Resolución 5857 de 2018, artículo 121 “(e) *El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención descrita en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica*”. Por consiguiente, el traslado de pacientes ambulatorios desde su lugar de residencia hasta el lugar de atención está incluido en el PBS, “*con cargo a la prima adicional por dispersión establecida sobre la unidad de pago por capitación para algunas zonas geográficas*”^[38].

Sentencia T-467/12

Las cirugías de mamoplastia reductora. Jurisprudencia y regulación vigentes

Según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, la calificación prima facie de una cirugía como estética o cosmética, no es una atribución permitida para las empresas prestadoras de salud quienes están obligadas

previamente a realizar un análisis de cada caso en particular, en especial de las condiciones físicas, psicológicas y funcionales que rodean a la peticionaria. Lo anterior, por cuanto si bien en algunos casos las cirugías reconstructivas podrían considerarse estéticas o de solo embellecimiento, en otros, constituyen claros procedimientos reconstructivos funcionales.

La Corte Constitucional ha proferido y avalado en casos anteriores decisiones que ordenan practicar la cirugía de mamoplastia reductora, en principio considerada como estética y por ello excluida del Plan Obligatorio en Salud, en aquellos eventos en los que se probó que estaban destinadas a poner fin a ciertas afecciones ocasionadas por la hipertrofia mamaria, cuando su objetivo primario fuese el de curar una dolencia en la salud, así el efecto colateral condujera aparentemente a mejorar la apariencia corporal.



Por esa vía se han diferenciado las mamoplastias reductoras eminentemente estéticas, de aquellas que tienen carácter funcional, reconociendo que ante las consecuencias secundarias que sean lesivas para la salud del paciente, la cirugía de mamoplastia de reducción deja de tener el carácter de cosmética para convertirse en un tratamiento que proporciona alivio a muchas dolencias en la salud. Así se indicó en la sentencia T-119 de 2000, reiterada en fallos subsiguientes.

“En cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético... pues habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales.”

En suma, esta Corporación ha señalado en varios pronunciamientos, que el carácter funcional de la cirugía de mamoplastia reductora, viene dado precisamente por la connotación de la patología de base que le da origen, es decir, por la hipertrofia mamaria o gigantismo de mamas. La cirugía de mamoplastia disminuye o minimiza efectos colaterales como la dorsalgia y las alteraciones en la columna vertebral, mejorando la calidad de vida de las pacientes. En un caso de similares supuestos fácticos, fallado en la sentencia T-285 de 2011, la Corte concluyó que ante la prescripción médica del procedimiento de mamoplastia reductora, debe verificarse por parte del juez de tutela que la situación, condiciones y circunstancias particulares, encuadren dentro de los parámetros jurisprudenciales anteriormente descritos, a fin de establecer si la misma no es de carácter meramente estético o cosmético, sino que es necesaria para objetivos funcionales del paciente, lo cual dará lugar a la protección de los derechos mencionados, evento en el cual deberá ordenarse la práctica de la cirugía, a pesar de estar excluida del POS y POS-S.

En la sentencia T-913 de 2005, la Corte igualmente concedió la protección solicitada ante el reclamo de una mujer a la que no se le autorizó la cirugía de mamoplastia reductora. Sostuvo el fallo lo siguiente:

“Para la Sala, en el caso en estudio está establecido que en las reglamentaciones del Plan Obligatorio de Salud el procedimiento quirúrgico de mamoplastia de reducción reclamado, se encuentra clasificado como cirugía estética y por ello excluida del mismo. No obstante observa que se dan los elementos indicados por la jurisprudencia, para la inaplicabilidad de las disposiciones del POS que excluyen o limitan la práctica de la cirugía de mamoplastia de reducción bilateral, pues los elementos probatorios del plenario, descartan los fines netamente cosméticos o de embellecimiento de la operación y en su defecto, demuestran la necesidad de realizarla como complemento al tratamiento medicinal que le ayudará a la accionante a sobrellevar o superar en forma más pronta, y menos traumática los padecimientos colaterales de la hipertrofia mamaria que padece, lo cual revela su carácter de cirugía funcional, además de que contribuye a preservar su vida en condiciones dignas”

Ahora bien, las entidades prestadoras de los servicios de salud son las llamadas a establecer de manera responsable la naturaleza de las cirugías prescritas por los médicos tratantes a sus pacientes, porque como lo ha señalado esta Corporación, “dichas

Email: j01prmpalsanmartin@cendoj.ramajudicial.gov.co

Carrera 12 No.16-16 Argemira Pedraza Tel. 5548098

San Martín, Cesar



entidades tienen la capacidad científica y técnica para determinar, a través de los conceptos médicos y las historias clínicas de sus usuarios, si las cirugías plásticas son de carácter meramente estético o si por el contrario cumplen fines reconstructivos funcionales.”⁸

Al respecto, el Acuerdo 008 de 2009, por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivos y subsidiados, establecía en su artículo 54, la exclusión del POS-C de artículos como corsés y/o fajas y procedimientos de cirugía con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética y en su glosario, realizaba la distinción entre cirugía estética o de embellecimiento y la reparadora o funcional, así:

“Artículo 55: GLOSARIO. Para efectos de los eventos y servicios de alto costo se adoptan las siguientes definiciones:

Cirugía plástica estética, cosmética o de embellecimiento: Procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de alterar o mejorar la apariencia del paciente sin efectos funcionales orgánicos.

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 evitar alteraciones orgánicas o funcionales. (...)

Ahora bien, sobre la cobertura de las cirugías reparadoras o funcionales, el Acuerdo 289 de 2005, vigente hasta 2009, indicaba:

“(…)Que dentro de las exclusiones expresas del Plan Obligatorio de Salud, establecidas en el Acuerdo 008 del CNSSS están los tratamientos de Cirugía estética o con fines de embellecimiento; Que se requiere aclarar y precisar los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS, y del Régimen Subsidiado POS-S en lo relacionado con la cobertura de procedimientos de Cirugía Plástica reconstructiva o funcional por cuanto se han presentado interpretaciones en los contenidos del POS y POS-S en lo que a estos procedimientos se refiere, generando con esto dificultades en la prestación de los servicios a los afiliados; Que de conformidad con la práctica médica, por cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales se entienden aquellas que buscan aproximarse a la reparación de la capacidad de funcionar con miras a corregir en lo posible las alteraciones anatómicas que causan el mal funcionamiento de un órgano o sistema, lo cual se debe prestar en los términos del Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones contenido en la Resolución 5261 de 1994 (...) ; (subrayado fuera del texto) Cirugía plástica, maxilofacial y otras reconstructivas Artículo 1º. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo. (...)

En cuanto a la cirugía de seno, el Acuerdo 289 de 2005 señalaba que las cirugías reparadoras de seno se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS- regulado por la Resolución 5261 de 1994, al establecer:



“(…) Cirugía plástica, maxilofacial y otras reconstructivas Artículo 1°. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales - en los términos expuestos en el presente Acuerdo. Cirugías Reparadoras de Seno. (subrayado fuera del texto original)

Sin embargo, el Acuerdo 289 de 2005 estuvo vigente hasta el año 2009 y el Acuerdo 008 de 2009 fue derogado por el Acuerdo 029 de 2011 con vigencia desde el 1 de enero de 2012 “Por el cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”. Dicho instrumento prescribe en el artículo 49 lo siguiente: “Se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud las siguientes tecnologías en salud: 1. Cirugía estética con fines de embellecimiento y procedimientos de cirugía plástica cosmética”.

Teniendo en cuenta la anterior jurisprudencia constitucional efectivamente la accionante se encuentra padeciendo una patología que se asocia a otras como lo son problemas psiquiátricos, se hace necesario ordenarle a la señora DANIELA NAVARRO MERCADO, el tratamiento, para que no tenga que presentar tutela por cada medicamento, procedimiento, exámenes citas de control, lo anterior a fin de que reciba su tratamiento en forma continua, oportuna y sin interrupciones de ninguna clase ya sea por tramites o trabas administrativas.

CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso en concreto tenemos que la señora DANIELA NAVARRO MERCADO identificada con la C.C. N° 1.003.091.158, presentó acción constitucional, en razón a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la SALUD, LA VIDA, MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL por parte de la entidad ASMET SALUD EPS-S, al no prestarle los servicios médicos requeridos para su patología ASIMETRÍA MAMARIA POR SÍNDROME DE POLAND CONGÉNITO, además de la atención integral, que esta requiere.

La E.P.S.-S demandada en su contestación alego que a la accionante la intervención quirúrgica solicitada está excluida del pos, sin importar que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a la atención relacionada con las patologías que padece la paciente como quiera que solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico o quirúrgico.

En el asunto sub examine se evidencia de los supuestos facticos narrados por la accionante que está a raíz del abundante tejido mamario de su seno derecho viene presentando fuertes dolores de larga data, en región dorsal y lumbar y le diagnosticaron ASIMETRÍA MAMARIA POR SÍNDROME DE POLAND CONGÉNITO, donde le es ordenado REDUCCIÓN MAMARIA DERECHA (POS) Y PEXIA MAMARIA IZQUIERDA NO POS CÓDIGO 853001, MASTOPEXIA UNILATERAL

Luego de dicha valoración médica la actora refiere que estuvo a la espera de atención y ASMET SALUD E.P.S.-S A comentar su caso y le dicen que esa cirugía está excluida del POS, Conviene anotar que la Corte Constitucional en asuntos similares al aquí analizado

Email: j01prmpalsanmartin@cendoj.ramajudicial.gov.co

Carrera 12 No.16-16 Argemira Pedraza Tel. 5548098

San Martín, Cesar



ha sostenido que para determinar si una cirugía es considerada estética o funcional se requiere un dictamen científico debidamente soportado, a saber: “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.

Ahora bien, cabe destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha dado un amplio concepto al derecho a la salud y vida digna, en el entendido que ya no sólo comprende el aspecto físico o funcional, sino también las condiciones psíquicas, emocionales y sociales de la persona; toda vez que, una persona es un ser integral y, por ende, no puede dejar de tenerse en cuenta ninguna de las referidas facetas. El Estado y las entidades prestadoras del servicio de salud tienen la responsabilidad de respetar y garantizar este derecho y, es por esto que, puede afirmarse que desconocen el derecho a la salud cuando toman determinaciones que afectan no sólo el bienestar físico, sino también el psíquico, social y emocional de los pacientes.

La Jurisprudencia Constitucional ha sido uniforme en torno al deber de las prestadoras de la salud, en autorizar cirugías que modifican el tamaño de los senos con propósitos funcionales o reconstructivos.

Debe tenerse en cuenta, que los servicios materia de salud de la mujer deben permitir y facilitar el ejercicio de sus derechos, especialmente los sexuales y reproductivos, atendiendo la perspectiva de género, que implica en este caso el aspecto exterior y no funcional, como se ha analizado, toda vez que el primero guarda una estrecha relación con el ejercicio de los derechos a la autonomía personal y con los derechos sexuales de la mujer, los cuales podrían verse afectados si ella no se siente bien consigo misma, con su aceptación como ser humano integral.

Por lo expuesto anteriormente esta célula judicial alcanza a advertir una amenaza al derecho fundamental a la salud de la actora como mujer, por parte de la accionada, ello analizado desde una perspectiva de género en el caso concreto, al reconocer factores biológicos propios de la accionante, en el contexto específico de los hechos narrados, pues la simple negativa a la realización del procedimiento desconoce la integralidad de la mujer como individuo y a su ser sexual, social, profesional, que se asocian a la autonomía personal y al proyecto de vida, por lo que se habilita al operador judicial para tomar las acciones tendientes a cesar la amenaza en la medida que sus patologías que la aquejan puede generar complicaciones en su salud, pues quedo plenamente demostrado al evidenciarse en la valoración médica que fue diagnosticada con ASIMETRÍA MAMARIA POR SÍNDROME DE POLAND CONGÉNITO y es de vital importancia la cirugía REDUCCIÓN MAMARIA DERECHA (POS) Y PEXIA MAMARIA IZQUIERDA NO POS CÓDIGO 853001, MASTOPEXIA UNILATERAL

En consecuencia esta agencia judicial amparara el derecho a la salud de la accionante y se le ordenara al representante legal de ASMET SALUD EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, disponga todo lo necesario para GARANTIZAR la Continuidad, Oportunidad e Integralidad, en el tratamiento que requiere la señora DANIELA NAVARRO MERCADO identificada con la C.C. N° 1.003.091.158, en su diagnóstico de ASIMETRÍA MAMARIA POR SÍNDROME DE POLAND CONGÉNITO y se proceda a realizarle la cirugía REDUCCIÓN MAMARIA

Email: j01prmpalsanmartin@cendoj.ramajudicial.gov.co

Carrera 12 No.16-16 Argemira Pedraza Tel. 5548098

San Martín, Cesar



RADICADO N°: 20 770 40 89 001 2021 00197 00

DERECHA (POS) Y PEXIA MAMARIA IZQUIERDA NO POS CÓDIGO 853001, MASTOPEXIA UNILATERAL, además las citas médicas necesarias para su recuperación, para que lleve una vida digna y debe garantizarle la atención integral, como el suministro del transporte y alimentación para la accionante y un acompañante, cuando la prestación de salud sea fuera del Municipio de su residencia, San Martín-Cesar, y hasta los municipios donde va a recibir la atención medica sin ninguna clase de DILACIONES, TRABAS U OBSTACULOS ADMINISTRATIVOS por parte de la E.P.S-S. So pena de incurrir en desacato, conforme al artículo 52 del decreto 2591 de 1991. sin ninguna clase de demoras y dilataciones, toda vez que se trata de un sujeto que requiere especial protección constitucional del estado.

Es preciso advertirle a la E.P.S-S ASMET SALUD, que en un estado constitucional de derecho está por encima el DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y VIDA, de los seres humanos y no los tramites o trabas administrativas que obstaculicen la debida prestación del servicio de salud.

Igualmente, la atención y servicio que debe dársele al tutelante es **INMEDIATA**, so pena de que se pueda agravar su salud, recordándose que la protección y conservación del derecho a la vida y la salud está por encima de cualquier consideración de orden legal o contractual o criterio particular.

Finalmente, este despacho procederá a desvincular a las entidades ADRES, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, al no haber encontrado vulnerado los derechos del actor por parte de estas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de San Martín –Cesar-, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud y la vida de la señora DANIELA NAVARRO MERCADO

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal de ASMET SALUD EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, disponga todo lo necesario para GARANTIZAR la Continuidad, Oportunidad e Integralidad, en el tratamiento que requiere la señora DANIELA NAVARRO MERCADO identificada con la C.C. N° 1.003.091.158, en su diagnóstico de ASIMETRÍA MAMARIA POR SÍNDROME DE POLAND CONGÉNITO y se proceda a realizarle la cirugía REDUCCIÓN MAMARIA DERECHA (POS) Y PEXIA MAMARIA IZQUIERDA NO POS CÓDIGO 853001, MASTOPEXIA UNILATERAL, además las citas médicas necesarias para su recuperación, para que lleve una vida digna y debe garantizarle la atención integral, como el suministro del transporte y alimentación para la accionante y un acompañante, cuando la prestación de salud sea fuera del Municipio de su residencia, San Martín-Cesar, y hasta los municipios donde va a recibir la atención medica sin ninguna clase de DILACIONES, TRABAS U OBSTACULOS ADMINISTRATIVOS por parte de la E.P.S-S. So pena de incurrir en desacato, conforme al artículo 52 del decreto 2591 de 1991. sin

Email: j01prmpalsanmartin@cendoj.ramajudicial.gov.co

Carrera 12 No.16-16 Argemira Pedraza Tel. 5548098

San Martín, Cesar



ninguna clase de demoras y dilataciones, toda vez que se trata de un sujeto que requiere especial protección constitucional del estado.

TERCERO: Notifíquese la presente sentencia por el medio más expedito, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: En el evento de no ser impugnado este fallo, désele estricto cumplimiento, por Secretaría, a lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CATALINA PINEDA ALVAREZ
JUEZ

Firmado Por:

Catalina Pineda Alvarez
Juez
Juzgado Promiscuo Municipal
Juzgado Municipal
Cesar - San Martin

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:

9319f0b0b65d93037eceed2dc499f43a15ece1e7e8b54227c3527a5b4a15355f

Documento generado en 09/09/2021 11:26:06 a. m.

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