

Sentencia T-026/11

Referencia: expediente T-2773151.

Acción de tutela instaurada por Deisy Hernández Romero, contra Compensar EPS.

Procedencia: Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá.

Magistrado Ponente:
Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Bogotá, D. C.,veinticinco (25) de enero de dos mil once (2011).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo único de instancia proferido por el Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por Deisy Hernández Romero, contra Compensar EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el referido despacho judicial, en virtud de lo ordenado por el inciso final del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991; el 7 de septiembre de 2010, la Sala Novena de Selección lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

La ciudadana Deisy Hernández Romero, promovió acción de tutela en julio 1° de 2010 contra Compensar EPS, para reclamar sus derechos “*a la vida en conexidad con el derecho a la salud, a la integridad física y a una vida digna*”, según los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

1. Deisy Hernández Romero, actualmente de 24 años de edad, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro del régimen contributivo, desde febrero 8 de 2005, en Compensar EPS.

2. Señaló que en agosto de 2006, presentó *“un fuerte dolor de muela”* que le *“inflamó la cara”*, por ello acudió al servicio de odontología de Compensar EPS, donde le ordenaron unos exámenes médicos y posteriormente le diagnosticaron un *“tumor odontoma complejo benigno”*, que se podía corregir con intervención quirúrgica, según recomendación del médico tratante (f. 12 cd. inicial.).

3. Manifestó que en octubre 17 de ese mismo año, el médico Jorge Montes le realizó la cirugía, sin que le explicara *“las posibles secuelas que se podían presentar como consecuencia del procedimiento quirúrgico”*.

4. Aseveró que el tratamiento realizado por la EPS le calmó el dolor, pero su cara *“se ve desformada, mi rostro envejecido y mi auto estima se ha empobrecido”*, hecho que la ha sometido a modificar su conducta social, ya que le da *“pena tener un contacto visual directo con las personas, porque me incomoda la forma en que me miran o las preguntas que me realizan”*.

5. El médico tratante le ordenó una *“lipoinyección”* en la cara para mejorar su apariencia, en la medida en que trabaja en servicio al cliente, intervención que fue solicitada en diferentes oportunidades a la EPS, pidiéndole ayuda para *“volver mi cara al estado en que me encontraba antes de la intervención”*, pero la respuesta del Comité Técnico Científico es negativa al considerar que es un *“procedimiento estético”*, no cubierto por el POS.

6. Argumentó la actora que *“no es un tratamiento estético”*, como aduce la EPS o el Comité Técnico Científico, simplemente lo que desea es recuperar *“mi apariencia física natural y normal de mi rostro”*, que tenía antes de la cirugía en la boca.

B. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente.

1. Cédula de ciudadanía de Deisy Hernández Romero (f. 1 ib.).

2. Fotografías del rostro antes y después de la cirugía (fs. 2 y 3 ib.).

3. *“Acta de comité de servicios médicos y prestaciones de salud Compensar EPS”*, paciente Deisy Hernández Romero, *“quien solicita lipoinyección en cara para mejoría del contorno facial”*, procedimiento que no es autorizado, aduciéndose no cumplir con los requisitos establecidos en la Resolución N° 548 de 2010, del Ministerio de la Protección Social, en su artículo 6° literal E, que estipula *“debe existir un riesgo inminente para la vida o salud del paciente, lo cual debe ser demostrable o constar en la historia clínica respectiva”* (f. 4 ib.).

4. Diagnóstico del Comité Técnico Científico, sobre *“Justificación de procedimiento, tecnologías o insumos no POS”*, que indica: i) principal, *“tumor benigno de otras partes y de las no especificadas de la boca”*; ii)

secundario, *“cirugía plástica// Edad 23 años// Paciente con alteración de contorno facial secundario a resección de odontoma complejo (oct/06) en consulta previa se entregó orden de autorización para lipoinyección grasa// Examen físico paciente en buen estado general orientado hifratada asimetría tercio inferior de cara a expensas de depresión profunda en región mandibular derecha.”*

Como justificación del tratamiento se anota *“paciente con gran déficit funcional y alteración en la apertura oral requiere lipoinyección grasa en hemicara izquierda para mejorar contorno pues además se desempeña en servicio al cliente lo que se ve afectado por su secuela”*. El médico tratante, Juan Carlos Zambrano, especificó que la información suministrada se soporta en la historia clínica *“y no existe conflicto de intereses”* (fs. 6 y 7 ib.).

C. Respuesta del Ministerio de la Protección Social.

Mediante escrito presentado en tiempo, un asesor de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo de dicho Ministerio refirió que el tratamiento *“lipoinyección grasa hemicara”* está excluido del Plan Obligatorio de Salud, POS, toda vez que, como tal, no está descrito en el Acuerdo N° 008 de 2009.

Aclaró que *“es necesario resaltar los aportes pertinentes de la sentencia T-760 de 2008 en los que se abordó el tema de la importancia que tiene valorar la capacidad económica de los usuarios para autorizar un servicio médico no POS ya que la persona que sí tiene capacidad económica no puede esperar que la EPS con recobro al Fosyga financie el servicio”* (f. 21 ib.).

D. Respuesta de Compensar EPS.

En comunicación de julio 10 de 2010, un apoderado de dicha empresa señaló que la señora Deisy Hernández Romero se encuentra afiliada en la EPS Compensar, en calidad de dependiente, estrato 2, con 251 semanas de cotización, y *“se le han prestado oportuna y completamente todos los servicios a que tiene derecho como afiliada al POS de acuerdo con las coberturas que por ley se encuentran indicadas y autorizadas”*.

El procedimiento quirúrgico fue realizado el 17 de octubre de 2006, siendo inexplicable que *“después de tanto tiempo no se ha solicitado la protección de los derechos fundamentales de la misma, evidenciándose entonces que no cumple el principio de inmediatez que a juicio de esta defensa, se torna como un requisito indispensable para la protección de los derechos fundamentales del (sic) accionante”* (f. 29 ib.).

Por último, afirmó que *“no hay prueba siquiera sumaria que indique que se trata de una situación de urgencia”*, que implique que se deba actuar inmediatamente o que exista un perjuicio irremediable (f. 33 ib.).

E. Fallo único de instancia.

Mediante providencia de julio 16 de 2010, no impugnado, el Juzgado Cuarenta y Tres Civil Municipal de Bogotá negó el amparo solicitado, al considerar que la señora Deisy Hernández Romero solicitó el arreglo de “*los daños y perjuicios en el rostro, lo cual reclama como deber de la EPS Compensar*”, lo que constituye un debate legal, donde se torna imprescindible una controversia probatoria a efectos de establecer la responsabilidad de la EPS, en razón de la intervención quirúrgica practicada a raíz de un “*odontoma complejo benigno*”.

En ese orden de ideas, “*no hay lugar al amparo como mecanismo transitorio, ya que no se acreditó, ni siquiera de manera sumaria, la forma en que se vería irremediablemente afectada, ya que los derechos a la salud, la vida digna y la integridad física se encuentran lejos de ser afectados por el daño invocado*”.

Así, advirtió que el juez constitucional no puede resolver asuntos que deben ser asumidos por el funcionario competente (fs. 38 a 40 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se analiza.

Debe determinarse si Compensar EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, a la integridad física y a la vida digna de la accionante Deisy Hernández Romero, actualmente de 24 años de edad, al negarle la realización del tratamiento médico denominado “*lipoinyección grasa hemicara*”, argumentando la entidad que se trata de un procedimiento estético que se encuentra fuera del POS.

Tercera. Acceso a los servicios médicos requeridos, incluidos o no dentro del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho a la salud contempla, por lo menos, el acceso a los servicios indispensables para conservarla, en especial cuando se halle comprometida la vida digna y la integridad personal, distinguiéndose usualmente si la intervención, el tratamiento o el medicamento necesitado está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, al cual el paciente tiene derecho¹, dentro de la preceptiva básica de la seguridad social, que garantiza el acceso efectivo a los

¹ T-740 A de octubre 19 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

servicios médicos contemplados dentro del POS, por lo cual no brindarlos constituye una vulneración al derecho a la salud, que reiteradamente ha sido considerado fundamental por la jurisprudencia constitucional.

Adicionalmente, si un profesional adscrito a una EPS dispone o prescribe un determinado servicio que no se encuentre dentro del plan obligatorio respectivo, es acostumbrado que la situación sea sometida al correspondiente Comité Técnico Científico, que suele negarlo si, por ejemplo, se trata de un tratamiento meramente estético, u otro que no sea realmente indispensable para la salud y esté razonablemente excluido del POS.

En otros casos, donde realmente esté de por medio la preservación de la integridad física y la dignidad vital, la EPS ha de aprobar y realizar lo ordenado, más aún si el paciente y su familia carecen de medios económicos para sufragar el costo. Se debe constatar que el médico tratante haya específicamente prescrito el servicio y no sea una simple sugerencia², resultando la indicación del galeno de tal magnitud, que en eventos en los cuales se ha presentado una discrepancia entre su concepto y el del Comité Técnico Científico, se da preferencia al primero, justamente por su pericia y su mayor conocimiento directo sobre la condición y la evolución médica del paciente. De manera textual se ha indicado³:

“... la orden de prestación del servicio de salud expedida por el médico tratante, adscrito a la EPS, prevalece respecto de la que niega la entrega, ... no basta que el Comité Técnico Científico aduzca que el medicamento tiene sustitutos,⁴ pues en todo caso es necesario que el médico tratante sea el que determine dentro de las posibilidades de servicio, la que más convenga a la salud del paciente y en tal sentido, la EPS inexcusablemente suministrará la droga que señale la orden de servicio dada por aquél.

Lo anterior, en cuanto el médico tratante es la persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicio, más aún cuando brinda la atención a nombre de la EPS. De manera que al juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar a dicho concepto, como quiera que es fuente de carácter técnico primordial e idóneo, para lograr establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante en aras a restablecer o mejorar su estado de salud.”

² Cfr. T-271 de junio 23 de 1995 y SU-480 de septiembre 25 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero; SU-819 de octubre 20 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-414 de abril 26 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-786 de julio 26 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

³ T-926 de septiembre 23 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, reiterada en T-1311 de diciembre 13 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-464A de junio 9 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

⁴ Cfr. SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

Cabe reiterar también la posición adoptada en la sentencia T-1176 de diciembre 2 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (no está en negrilla en el texto original):

“La salud no equivale únicamente a disponer de un estado de bienestar físico o funcional. Debe a un mismo tiempo garantizarse el bienestar psíquico, emocional y social pues todos estos factores contribuyen a procurar a las personas una vida en condiciones de dignidad y calidad. Tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.

... el procedimiento ordenado a la ciudadana... por su médico tratante no es suntuario. No se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas originados por la intervención a la que se sometió para curar el cáncer que padeció. Una cirugía, en suma, vinculada con posibilidad de que la actora recupere su apariencia normal, restablezca de manera integral su salud y pueda llevar una vida en condiciones de calidad y de dignidad.”

Cuarta. Análisis del caso concreto.

4.1. A la demandante Deisy Hernández Romero, de 24 años de edad en la actualidad, le fue diagnosticado “odontoma complejo”, practicándosele “resección de tumor benigno de maxilar inferior derecho” (cfr. historia clínica de Deisy Hernández Romero en Compensar EPS, f. 24 cd. inicial).

4.2. Aun cuando tal operación le fue realizada en octubre 17 de 2006 (f. 12 ib.), no puede afirmarse que la accionante haya desatendido la inmediatez que es correlativa al ejercicio de la acción de tutela, pues es entendible que se haya mantenido expectante sobre la evolución natural de la malformación facial, que evidentemente es **actual**, a tal punto que acudió al cirujano maxilofacial y es éste quien diagnostica en diciembre 2 de 2009 (f. 8 ib):

“... secuela de defecto mandibular por resección de odontoma complejo (oct/06)... con limitación de movimientos excursivos de ATM derecha. Limitación de movimientos de lateralidad y protrusivos... presenta asimetría hemimandibular y apertura oral de 39 mm activa, 41 mm pasiva. Deflexión mandibular en apertura hacia la derecha... Se definió en junta QX con CX plástica manejo

de borde inferior de depresión de mandíbula con lipoinyección de grasa por cirugía plástica. Se explica a paciente que placa de reconstrucción se encuentra por fuera de la cavidad glenoidea. Se realizarán controles anuales por nuestro servicio.”

En marzo 10 de 2010 se levanta en Compensar EPS el “*acta de comité de servicios médicos de salud*” (f. 4 ib.) y en mayo 7 siguiente un médico adscrito a tal EPS se cerciora de que la solicitante ciertamente requiere la “*lipoinyección en cara*”, ante todo lo cual Deisy Hernández Romero presenta la demanda de tutela en julio 1° de 2010.

4.3. A partir de las pruebas allegadas al expediente, se infiere que como consecuencia de la “*resección de tumor benigno de maxilar inferior derecho*”, la actora presenta una “*alteración de contorno facial*”; el médico tratante le ordenó la referida “*lipoinyección*”, pero la empresa demandada se abstuvo de autorizarla, argumentando que tal procedimiento no está previsto en el POS.

Es ostensible, sin embargo, que la intervención prescrita no se circunscribe a una pretensión estética, simplemente para mejorar las facciones, alteradas como ineludible consecuencia de la cirugía realizada a Deisy Hernández Romero, al generarse “*asimetría tercio inferior de cara a expensas de depresión profunda en región mandibular derecha*” (f. 6 ib.), con “*limitación de movimientos excursivos*” y “*de lateralidad y protrusivos*” (f. 8 ib.).

La desfiguración parcial permanente que está sufriendo la actora naturalmente afecta su autoestima, como ella misma asevera, disminuyendo en una mujer joven la percepción armoniosa que ella tiene de sí misma, lo cual perturba no solamente su vida digna, sino la propia integridad física, pudiéndose colegir que su masticación no es normal, dada la asimetría mandibular y la antes citada limitación en los movimientos.

Así, para restablecer la simetría facial y recobrar la normalidad de la peticionaria al masticar y, con ello, su integridad física y emocional, resulta necesaria la práctica médica prescrita, que no obstante un Comité Técnico Científico denegó, aduciendo que “*debe existir un riesgo inminente para la vida o salud del paciente, lo cual debe ser demostrable o constar en la historia clínica respectiva*”, agregando que no se podrán aprobar prestaciones que consistan en “*insumos cosméticos, estéticos, suntuarios o con fines de embellecimiento*” (f. 5 cd. inicial).

Frente a esta argumentación, se debe recalcar que de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación, el concepto del médico tratante prevalece sobre el emitido por el Comité Técnico Científico, en cuanto aquél tiene la pericia y mayor aproximación a las condiciones de salud del paciente, lo cual

confiere más fuerza a su criterio⁵, resultando palmario que el galeno adscrito a Compensar EPS, no recomendó el procedimiento para que la actora luciera más bella, sino para que recuperara su apariencia y su masticación normales.

Recuérdese, de otra parte, que la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que los conceptos de salud y de vida digna deben asumirse en un sentido amplio, que abarca no sólo el aspecto funcional y físico de la persona, sino también sus condiciones psíquicas, emocionales y sociales, desde una perspectiva integral.

4.4. Por todo lo anterior, debe ser revocado el fallo único de instancia, proferido en julio 16 de 2010 por el Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, en cuanto negó el amparo instado por la actora Deisy Hernández Romero, a quien, en su lugar, le serán tutelados sus derechos a la seguridad social, la integridad física y la vida digna.

En consecuencia, se ordenará a Compensar EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, si todavía no lo ha efectuado, autorice en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y haga realizar integralmente las intervenciones, procedimientos y la entrega de medicamentos que ordene el médico tratante, para atender y corregir la asimetría facial que se le ha presentado, a raíz de la “*resección de odontoma complejo*” que le fue practicada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo dictado en julio 16 de 2010 por el Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, que negó el amparo pedido por Deisy Hernández Romero, contra Compensar EPS. En su lugar, se dispone **TUTELAR** los derechos de la actora a la seguridad social, la integridad física y la vida digna.

Segundo. En consecuencia, **ORDENAR** a Compensar EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, si no lo ha efectuado, autorice en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, y haga realizar integralmente las intervenciones, procedimientos y la entrega de medicamentos que ordene el médico tratante, para atender y corregir la asimetría facial que presenta, a raíz de la “*resección de odontoma complejo*” que le fue practicada.

⁵ Cfr. T-926 de septiembre 23 de 2004 y T-1311 de diciembre 13 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-464A de junio 9 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Tercero. Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General