



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

PROCESO IMPUGNACION TUTELA

RADICACION: 08001-41-89-013-2022-00774-01

ACCIONANTE: MIRIAM MARRIAGA LARIOS C.C 33.197.714

ACCIONADO: EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS SANITAS.

DERECHO: SALUD

Barranquilla, veintiséis (26) de octubre de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha 22 de septiembre de 2022 (con error en la fecha 22 de diciembre de 2022), proferido JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE (TRANSITORIO). BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora MIRIAM MARRIAGA LARIOS, identificada con C.C No. 33.197.714, en nombre propio, contra EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS SANITAS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, dignidad humana y seguridad social integral consagrados en la Constitución Nacional; y en el cual se concedió el amparo deprecado.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. Manifestó la accionante que es una mujer de 60 años de edad, se encuentra afiliada a EPS-SANITAS, detectaron ruptura de implante mamario, hace aproximadamente tres meses, sin embargo, le programaron la cita con el médico estético para el 5 de octubre de esta anualidad.
2. Ante la demora, de la EPS en la cita de valoración, recurrió a un médico particular, quien informó el peligro de desarrollar celulitis infecciosa quien formuló orden para practicar reconstrucción mamaria con colgajo bilateral y extracción de la prótesis.
3. Aduce que la E.P.S. accionada dilata de manera injusta la realización de la cirugía ordenada, a pesar de que los documentos citados se encuentran en poder de la accionada, desmejorándose cada día su derecho a la salud; por lo que solicita se le ordene a la accionada el ordenamiento de la cirugía antes citada.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que “...-Ordenar a EPS SANITAS y/o a quien corresponda realizar los trámites administrativos, para la autorización de mi procedimiento, debido a que mis documentos se encuentran en la EPS, hace aproximadamente tres meses y a la fecha no he obtenido respuesta de la programación de mi cirugía, que la misma sea autorizada para el presente mes, debido a que la EPS ha sido negligente al momento de garantizar mi derecho a la salud...”

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el 13 de septiembre de 2022 por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE (TRANSITORIO). BARRANQUILLA, ordenándose la notificación de la accionada, para que rindan un informe sobre los hechos depuestos, por cuanto la decisión adoptada dentro puede repercutirlo o afectarlo.

SANTAS EPS, no rindió el informe solicitado al despacho de primera instancia, a pesar de haber sido notificado a través de los correos institucionales notificaciones@colsanitas.com ; notificacionesjudiciales@keralty.com; existiendo constancia de entrega y recibido, por lo que seguiría aplicar la presunción de que trata el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991; que por supuesto, no puede ser tenida en cuenta ni opera per se ante el silencio de la parte que no acudió al proceso, pues el Juez debe estudiar cada caso de modo crítico y confrontar la pruebas mínimas que le hayan sido aportadas por el solicitante.

Posterior a esto, el 22 de septiembre de 2022, se profirió fallo de tutela, concedió el amparo de los derechos depuestos por la señora MIRIAM MARRIAGA LARIOS, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el 22 de septiembre de 2022, por el JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE (TRANSITORIO). BARRANQUILLA, concediendo el amparo de los derechos depuestos en cuanto al tratamiento integral que requiere la señora MIRIAM MARRIAGA LARIOS, en ocasión a que: *“...Frente al particular, y de conformidad con el material de prueba obrante en el expediente, observa el Despacho que la persona que solicita protección de tutela es una paciente de 60 años de edad, que padece de ruptura de implante mamario, su médico tratante ordena remisión a médico cirujano plástico , según se evidencia en el expediente4 con fecha 30/06/2022, cita realizada por consulta externa. Sin embargo, “El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión” y la E.P.S. accionada al guardar silencio, sobre los documentos aportados por la accionante, “no descarta con base en información científica” el dictamen del médico particular. Siendo así, al existir orden de un médico particular, reconocido en el sistema de salud y que la entidad accionada no ha desvirtuado el dictamen del mismo, en la situación de no ordenar o retardar la cirugía ordenada por el médico particular, se estaría incurriendo en una violación al derecho a la salud y a la vida digna de la parte actora. Teniendo en cuenta lo anterior, este despacho concluye que a la accionante se le están vulnerando sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, por parte de la EPS SANTAS, debido al retardo injustificado para la realización del procedimiento de cirugía de reconstrucción mamaria con colgajo bilateral y extracción de la prótesis, ordenado por su médico tratante, razón por la que se concederá el amparo deprecado...”*

VI. IMPUGNACION

La parte accionada manifestó su inconformidad en los siguientes términos: *“...El Sistema General de Seguridad Social, ha sido estructurado entre otros, sobre el principio de la solidaridad, por lo que su viabilidad financiera depende que se cumpla con la normatividad que lo rige, pues de lo contrario se pone en grave riesgo la salud de la población más vulnerable y necesitada.*

De acuerdo con el criterio anterior se debe ser racional en la pretensión de acceso a los beneficios de salud, por cuanto el sistema es frágil y está diseñado para que la salud pueda llegar a la población más necesitada; en consecuencia se debe actuar con medida y racionalidad cuando debemos acceder a los servicios EXCLUIDOS DE BENEFICIOS EN SALUD COMO LAS CIRUGÍAS ESTÉTICAS, ya que

al autorizar el cubrimiento de dicha pretensión, muchos usuarios podrían solicitar la autorización de las CIRUGÍAS ESTÉTICAS que ellos pretendan, desbordando la utilización de los recursos y la estabilidad financiera del Sistema. Por las razones antes expuestas, le solicito muy comedidamente al señor Juez, REVOCAR el fallo en su totalidad, pues NO es posible para EPS SANITAS autorizar una cirugía derivada de un procedimiento estético, de acuerdo a los argumentos expuestos anteriormente...”

VII. PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿La accionadas SANITAS EPS, ha vulnerado los derechos fundamentales derechos fundamentales a la salud, a la vida, dignidad humana y seguridad social integral, de la señora MIRIAM MARRIAGA LARIOS, al no brindar la atención de salud integral necesaria, al no autorizar la CIRUGÍA DE RECONSTRUCCIÓN MAMARIA CON COLGAJO BILATERAL Y EXTRACCIÓN DE LA PRÓTESIS, ordenada por el médico tratante particular, para mejorar su calidad de vida, evitar perjuicio en la salud y vida del paciente?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

IX. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 1, 5, 11, 12, 13, 48, 49, 86, de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991, Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 4 y 26, Ley 100 de 1993, En el Pacto Internacional de derechos económicos y sociales, Artículo 9, entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La

existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

DERECHO A LA SALUD

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

SU CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.

En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo integral del ser humano. Por lo anterior, dicha corporación ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneratoria de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.

Ahora bien, la Corte también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica “la mera subsistencia biológica”, sino también “el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna.”¹

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna “se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”.²

De lo anterior y teniendo en consideración que el derecho fundamental a la vida ha sido consagrado y garantizado en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política, se puede afirmar que éste no hace referencia exclusivamente a la existencia material, sino también a la posibilidad de ésta sea desarrollada de forma digna.

De este modo, la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.³

De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que “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.”⁴

TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD.

En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

² Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

³ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Al mismo tiempo ha señalado la Corte Constitucional que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora MIRIAM MARRIAGA LARIOS, identificada C.C 33.197.714, interpuso acción de tutela, en contra de SANITAS E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, dignidad humana y seguridad social integral consagrados en la Constitución Nacional.

Lo anterior, en ocasión a que manifiesta que la señora MIRIAM MARRIAGA LARIOS, le detectaron ruptura de implante mamario, hace aproximadamente tres meses, sin embargo, le programaron la cita con el médico estético para el 5 de octubre de esta anualidad, ante la demora, de la EPS en la cita de valoración, recurrió a un médico particular, quien informo el peligro de desarrollar celulitis infecciosa quien formuló orden para practicar reconstrucción mamaria con colgajo bilateral y extracción de la prótesis. Aduce que la E.P.S. accionada dilata de manera injusta la realización de la cirugía ordenada, a pesar de que los documentos citados se encuentran en poder de la accionada, desmejorándose cada día su derecho a la salud.

No obstante, en materia de salud, la Corte ha entendido que se quebranta este derecho fundamental cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y en general cualquier servicio de salud que requiera con necesidad para el manejo de una determinada patología, según lo ordenado por el médico tratante.

Al respecto, La EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS SANITAS, en el escrito donde solicita la impugnación del fallo de primera instancia, sostuvo que: el caso de la señora MIRIAM fue escalado a la COHORTE DE CIRUGIA PLASTICA quienes realizan junta médica el día 06 09 2022 el cual indican:

“Procedimiento no pertinente, derivado de un procedimiento estético no cumple fines funcionales”

determinando que se presenta caso en junta de pares por cirugía plástica para verificar viabilidad para aprobación y actualmente se encuentran a la espera de la respuesta.

En este punto, es de resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social, en este sentido, requiere de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados, como se avizora en el caso de marras, teniendo en cuenta que el paciente se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta la posible evolución de su condición médica.

Tratándose de esta condición, es evidente que el accionante requiere una atención periódica, oportuna, continua y especializada para su tratamiento, dada la exposición a múltiples riesgos y complicaciones. En este sentido, pese a que no se dan a tiempo los presupuestos para asumir que la EPS va a negar otros servicios, es necesario que esta actúe de conformidad con los principios desarrollados a lo largo de este fallo.

Es pertinente indicar que, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, que regula el derecho fundamental a la salud, consagra una serie de procedimientos médicos que no pueden ser asumidos por los distintos planes obligatorios de salud. Dice la norma:

Prestaciones de salud. El Sistema 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.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;*
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.*

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad. (...).

No obstante, tales exclusiones, ha señalado la Corte Constitucional que es posible avalar la prestación de servicios no contemplados dentro del POS, en interpretación del principio pro homine de las normas reguladoras del servicio o la atención médica, siempre y cuando se acredite:

... que una persona (i) encuentra afectado su derecho fundamental a la salud, (ii) no existe un sustituto dentro de las prestaciones en salud incluidas en el Plan de Beneficios en Salud, (iii) no cuenta con los recursos económicos para asumir por su cuenta los servicios médicos que requiere para restablecer su salud, y (iv) existe ya una orden médica que determina la atención reclamada. (T-579/17).

A su vez, en Resolución 6408 de 2016, el Ministerio de salud distinguió entre cirugía plástica cosmética y reparadora o funcional, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 8. GLOSARIO. *Para efectos de facilitar la aplicación y dar claridad al presente acto administrativo, se toman como referencia las siguientes definiciones, sin que estas se constituyan en coberturas o ampliación de las mismas dentro del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, así:*

(...)

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

8. 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 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.

Los tratamientos reconstructivos, señala la resolución (Art. 36), deberán estar incluidos en los distintos planes obligatorios de salud.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha expuesto que:

... no siempre las intervenciones estéticas tienen fines cosméticos o de embellecimiento y por consiguiente no todos los procedimientos estéticos pueden tenerse en tanto excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Aquellas intervenciones orientadas a restablecer la apariencia normal de las personas se ligan estrechamente con el reconocimiento de su dignidad y con la necesidad de no vulnerar tal dignidad, se consideran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y no pueden catalogarse como intervenciones superfluas con fines de embellecimiento. De modo que el derecho a la salud y a la vida digna no se limita únicamente al carácter funcional y físico, sino que abarca el aspecto psíquico, emocional y social de la persona. (T-1176/08, reiterada en T-159/15).

Y en un caso similar al que concita la atención de este despacho, expuso el Alto Tribunal:

La señora... interpuso acción de tutela en contra de Salud Total EPS por considerar vulnerados sus derechos a la salud, vida y seguridad social al negarse a autorizar el procedimiento de abdominoplastia circunferencial requerido por la accionante de acuerdo a la orden expedida por su médico tratante, argumentando que se trata de una intervención de carácter estético.

La acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de la señora... al tratarse de una persona que se encuentra en situación de debilidad manifiesta en virtud de sus quebrantos de salud pues padeció obesidad mórbida y actualmente fue diagnosticada con lipodistrofia abdominal universal. Adicionalmente, afirmó que no cuenta con los recursos económicos suficientes para cubrir los gastos del procedimiento quirúrgico ordenado por su médico tratante.

En el caso bajo estudio, la EPS accionada fundó su negativa en que el Comité Técnico Científico no aprobó la autorización del procedimiento de abdominoplastia circunferencial, alegando que de acuerdo a un segundo concepto médico se confirmó que se trata de una intervención estética. Si bien corresponde a esta organización aprobar los medicamentos o procedimientos excluidos del POS como sucede en este caso, esta Sala considera que el dictamen expedido por el mismo deberá exponer de forma detallada y con fundamento científico las razones que lo llevaron a tomar su decisión, pues de lo contrario podría estar vulnerado el derecho a la salud del solicitante, quien cuenta con una orden proferida por su médico tratante donde prescribe la necesidad de autorización del procedimiento en referencia para el restablecimiento de su estado de salud. Además, no todos los procedimientos estéticos persiguen fines de embellecimiento, dado que se puede tratar de intervenciones quirúrgicas que busquen reconstruir las consecuencias de un accidente o trauma, casos en los cuales dichos procedimientos serán reconstructivos funcionales aun cuando su naturaleza sea estética. De modo que las entidades promotoras de salud no pueden negar su autorización bajo este argumento, además de encontrarse excluidos del POS.

Con el fin de llegar a una solución armónica que por un lado no desconozca la autoridad del Comité Técnico Científico como organización competente para aprobar la práctica de procedimientos excluidos del POS y el derecho a la salud de la señora Gómez Ochoa que se está viendo afectado por la negativa de la entidad de autorizar la intervención quirúrgica prescrita por su médico tratante como necesaria para el restablecimiento de su estado de salud sin fundamento científico alguno, esta Sala de Revisión procederá a amparar el derecho a la salud del accionante en su fase de diagnóstico, ordenando a la EPS someter nuevamente ante el Comité Técnico Científico la solicitud elevada por la señora Olga Regina Gómez Ochoa para la autorización del procedimiento de abdominoplastia circunferencial, consignando de manera detallada en el nuevo dictamen las razones científicas que justifiquen la decisión adoptada. (T-159/15).

Esta temática fue abordada más recientemente en la sentencia T. 490 de 2020, a saber:

“...4. Acción de tutela y cirugías plásticas reconstructivas con fines funcionales. Reiteración jurisprudencial

Como se mencionó anteriormente, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que puede ser amparado a través de la tutela. Este carácter fundamental es reiterado por la Ley 1751 de 2015, ley estatutaria en salud⁵ y ha sido reconocido así por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. Sin embargo, que el derecho a la salud sea un derecho fundamental no implica que sea un derecho absoluto, pues admite límites de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que establece la norma estatutaria.

Es así como el ordenamiento jurídico ha admitido que exista un Plan de Beneficios en Salud (PBS) que contemple una serie de servicios, medicamentos e insumos, que deben ser garantizados por las E.P.S, y otros cuya prestación no debe ser garantizada por dichas entidades. Por otra parte, existen ciertos medicamentos, insumos y servicios que, en principio, se encuentran excluidos del PBS, pero que deben ser suministrados por las Entidades Promotoras de Salud en ciertas circunstancias.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha sido enfática en que “el derecho constitucional fundamental a la salud cuya efectiva garantía se relaciona estrechamente con

⁵ Artículo 2º de la Ley 1751 de 2015 que establece que: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad no solo debía protegerse cuando las personas se hallaban en peligro de muerte, sino que [abarcaba] la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello [fuera] posible, cuando estas condiciones se [encontraban] debilitadas o lesionadas y [afectarán] la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”⁶

De igual manera, este Tribunal Constitucional ha establecido como regla general que, en aquellos casos en los cuales el médico tratante ordene un servicio excluido dentro del PBS que sea vital para la salud, la vida digna e integridad del paciente, y que no pueda ser sustituido por otro servicio incluido dentro del PBS, resulta procedente de manera excepcional la autorización y/o suministro del servicio médico. En estos eventos, la Corte Constitucional ha fijado las siguientes reglas para ordenar tratamientos o servicios no incluidos dentro del PBS⁷:

La **primera** regla establece que la medida para determinar en qué grado la falta de servicio es necesaria, debe enfocarse en la búsqueda por mantener unas condiciones de vida digna al paciente. La **segunda** exigencia se concentra en que la prestación reclamada por el ciudadano debe contar con un respaldo científico en lo que se refiere a efectividad y calidad y que la misma no pueda suplirse por un medicamento, insumo o procedimiento que sí se encuentre en el PBS y que sirva para el mismo propósito⁸.

La **tercera** regla se fundamenta en que, en principio, el médico tratante adscrito a la E.P.S. es la autoridad con conocimiento suficiente para establecer cuáles son los tratamientos que requiere el paciente para poder superar su enfermedad.

El **cuarto** presupuesto, es que el Estado, a través de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, es quien debe cubrir exclusivamente aquellas prestaciones cuyo destinatario no se encuentra en capacidad de solventar. En esta medida, la situación económica del solicitante debe ser evaluada con fundamento en los criterios de racionalidad y proporcionalidad y con el propósito de determinar si la persona o sus familiares cuentan con los recursos económicos para sufragar el medicamento, el elemento o procedimiento solicitado o si el mismo debe ser asumido por el Estado⁹.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que las entidades prestadoras de los servicios de salud no pueden entrar a calificar, *prima facie*, una cirugía plástica reconstructiva como “estética” o “cosmética” sin antes hacer un análisis del caso particular y de las condiciones físicas, psicológicas y funcionales que la rodean. Lo anterior, en tanto esta Corporación ha reconocido que existen ocasiones en donde ciertos procedimientos reconstructivos, que en principio pueden ser considerados como estéticos, no lo son, pues cumplen con fines reconstructivos funcionales. De igual manera, este Tribunal Constitucional ha reiterado que cuando se logre demostrar que una cirugía de carácter estético se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o con miras de impedir afectaciones psicológicas que permitan a la persona llevar una vida en

⁶ Sentencias T-038 de 2007 y T-159 de 2015.

⁷ Estos criterios fueron definidos taxativamente por la Sentencia T-760 de 2008 y fueron reiterados por las Sentencias T-610 de 2013 y T-322 de 2018. “1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.

3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.

4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido”.

⁸ Sentencia T-322 de 2018.

⁹ Sentencias T-414 de 2016 y T-322 de 2018.

condiciones dignas, la realización del procedimiento es procedente a través de la E.P.S., siempre y cuando se cuente con una orden médica que así lo requiera¹⁰.

En esta medida, las Entidades Promotoras de Salud no pueden negar la prestación de un servicio de salud, bajo el argumento de que las cirugías plásticas se encuentran excluidas del PBS, sin antes demostrar con debido soporte médico y con el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social¹¹.

Por otra parte, en aquellos casos en donde el profesional en medicina considere que el tratamiento que debe seguir la persona se trata de un insumo, procedimiento, medicamento o tecnología excluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la unidad de pago por capitación (PBSUPC), el médico tratante debe hacer su prescripción a través del aplicativo MIPRES, administrado por el Ministerio de Salud y Protección Social. Con base en esta orden, la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente, deberá tramitar la entrega efectiva del servicio PBSUPC, según el modelo de suministro de los servicios que haya elegido el departamento donde opere la E.P.S y de conformidad con lo establecido en la Resolución 1885 de 2018¹².

En estos casos, la labor del usuario dentro del trámite administrativo que se surte entre la EPS, IPS y el ente territorial es totalmente pasiva, es decir que no interviene en el procedimiento de autorización, consecución de proveedores o instituciones prestadoras de salud, incluso cuando el paciente se encuentre hospitalizado. De allí que, al ser un trámite administrativo en el cual no interviene el paciente, la E.P.S no le debe trasladar a él cargas como el trámite de autorizaciones, solicitudes de cotización o consecución de proveedores de servicios, insumos o medicamentos¹³...”

Tales consideraciones resultan plenamente aplicables para este caso, teniendo en cuenta que se encuentra documentada: La orden del médico tratante, quien a su vez indicó que la cirugía no tiene una finalidad estética sino reconstructiva, documentando las posibles infecciones a las que se puede ver expuesta, las cuales se encuentran documentadas en la historia clínica y la incapacidad económica para asumir la intervención quirúrgica.

La EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS SANITAS, hasta la fecha no ha emitido pronunciamiento médico que sustente la negativa de autorización de los procedimientos, omisión que para este despacho constituye una amplia vulneración a los derechos de la actora, toda vez que su salud día a día se deteriora, por lo que se ampararán los derechos depuestos, su argumento se limitó a la exclusión del PBS por derivarse de una cirugía estética desconociendo la perforación de prótesis bilateral, el riesgo de infección latente y la ausencia de acreditación de capacidad económica que refute el enunciado contenido en la solicitud de amparo.

Así las cosas, se confirmará la decisión adoptada por el juzgador en primera instancia.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

¹⁰ En casos similares, la Corte Constitucional ordenó a la Entidad Promotora en Salud autorizar la realización del procedimiento quirúrgico denominado “dermolipectomía bilateral de muslos y corrección de ptosis mamaria bilateral”, requerida por la accionante, al considerar que “las cirugías ordenadas por el médico tratante, son cirugías de carácter reconstructivo funcional, por cuanto buscan corregir los problemas generados en la paciente por la obesidad mórbida y la posterior realización del bypass gástrico como procedimiento para su tratamiento” Sentencias T-975 de 2010, reiterado por la Sentencia T-573 de 2013. Ver también Sentencias T-975 de 2010 y T-142 de 2014, T-579 de 2017.

¹¹ Sentencias T-159 de 2015, T-579 de 2017 y T-003 de 2019.

¹² Resolución 1885 de 2018, por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.

¹³ Lo anterior fue reiterado por la Sentencia T-436 de 2019.

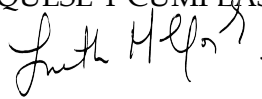
Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se confirmará el fallo impugnado.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia emitida el 22 de septiembre de 2022 (se corrige el error mecanográfico enunciada inapropiadamente 22 de diciembre de 2022), proferida por EL JUZGADO TRECE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE (TRANSITORIO), dentro de la acción de tutela instaurada por la señora MIRIAM MARRIAGA LARIOS, identificada con C.C No. 33.197.714, en nombre propio, contra EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS SANITAS, de conformidad con la parte considerativa del presente fallo.
2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
3. ENVÍESE a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA