

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA**

Girardota, Antioquia, enero veintiuno (21) de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Acción de Tutela
Accionante	María Alejandra Patiño Vélez
Accionada	Nueva EPS.
Radicado	0538-31-03-001-2021-00001-00
Sentencia	S.G. 002 S.T. 002

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, en la oportunidad legal correspondiente, procede este Despacho a proferir la sentencia que resuelva, en primera instancia, la acción de tutela interpuesta por **MARÍA ALEJANDRA PATIÑO VÉLEZ**, en contra de **NUEVA EPS S.A.**

2. ANTECEDENTES

2.1. De la protección solicitada

La señora **MARÍA ALEJANDRA PATIÑO VÉLEZ** promovió acción de tutela en contra de la **NUEVA EPS S.A.**, y solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social y a la vida en condiciones dignas que considera le son vulnerados por dicha entidad.

Solicita en consecuencia que se ordene a la **NUEVA EPS** autorizar y realizar el procedimiento quirúrgico **AUMENTO RETROMUSCULAR DE MAMA TRAS AREOLAR +295-320 (MENTOR UHP) 2 HORAS B.H*10-6.**

Señala en los fundamentos fácticos que cuenta con 25 años., es estudiante universitaria; afiliada a la **NUEVA EPS S.A** y diagnosticada con **ATROFIA DE LA MAMA, APLASIA MAMARIA**, por lo que ha recibido tratamiento en las especialidades de Cirugía Plástica, Nutricionista, Endocrinología y Psicología.

Debido a que tuvo pobre respuesta hormonal fue remitida al Nutricionista quien encontró hallazgos anormales en las muestras tomadas en los órganos genitales y desnutrición proteico calórica siendo remitida al Endocrino quien determinó que no tiene un defecto hormonal que explique su cuadro por lo que éste la remitió a la especialidad de psicología, especialista que le diagnosticó: **OTROS TRATORNOS**

EMOCIONALES Y DEL COMPORTAMIENTO, lo que le ocasiona PROBLEMAS RELACIONADOS CON EVENTOS QUE LLEVARON A LA PERDIDA DE AUTOESTIMA, todos ocasionados por el tamaño de sus senos.

Indica que el psicólogo tratante la remite a la especialidad de cirugía plástica, especialista que consideró que requería MAMOPLASTIA DE AUMENTO CON PROTESIS DE SILICONA, pero anotando que recomendaba subir de peso antes del procedimiento, sin emitirle orden médica alguna respecto del procedimiento quirúrgico, dejándola sin la posibilidad de darle continuidad al tratamiento, por lo que solo tuvo la alternativa de acudir a un cirujano plástico particular quien recomendó, para tratar su diagnóstico, un procedimiento quirúrgico de AUMENTO RETROMUSCULAR DE LA MAMA.

Señala que el 18 de agosto de 2020, elevó derecho de petición a la accionada solicitando se le autorizara la fórmula médica del cirujano plástico con registro 8251 para realización de la cirugía AUMENTO RETROMUSCULAR TRAS AREOLAR + 295-320 (MENTORUHP) 2 HORAS B.H.*10-6, la cual fue negada por la EPS accionada, indicándole que dicha solicitud depende del criterio médico y que dicha orden debe contar previamente con la justificación del médico tratante adscrito a la red de atención contratada, argumento que no es válido, pues desconoce el criterio del profesional de la salud que conoce su caso y que considera que dicho procedimiento es el adecuado para tratar su patología.

Manifiesta que sus problemas emocionales aumentan debido a su diagnóstico, su depresión va en aumento y su autoestima es muy baja, tiene sentimientos de tristeza y llanto frecuente, está aislada socialmente por su apariencia y tiene dificultades para relacionarse sentimentalmente; por lo que agotadas las vías para que la accionada autorice la cirugía plástica que requiere, la acción de tutela se convierte en el único medio para que se garantice su derecho fundamental a la salud y vida en condiciones dignas.

2.2. El trámite

La tutela de la referencia fue admitida mediante auto del 12 de enero de 2021, en el cual se le previno sobre la obligación de rendir informe relacionado con los hechos y pretensiones de la tutela en el término de dos días, so pena de la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991; asimismo se negó la medida provisional solicitada, por no encontrarla procedente de conformidad con lo establecido en el art. 7 del Decreto 2591 de 1991.

La diligencia de notificación a la NUEVA EPS, se efectuó el día 18 de enero de 2021, vía correo electrónico.

La NUEVA EPS, allegó escrito en el cual manifiesta que el servicio solicitado MAMOPLASTIA DE AUMENTO BILATERAL CON DISPOSITIVO, es clasificado como NO PBS, razón por la cual, debe ser radicado y sometido a aprobación ante el nuevo aplicativo MIPRES, tal y como lo exige la resolución 3951 de 2016; así mismo indica que dicha entidad no es la entidad obligada a asumir dichas cargas

económicas, ya que de acuerdo a la Resolución 3512 de 2019 Servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC.

Que conforme la Resolución 3951 de 2016 expedida por el Ministerio de Salud, la prescripción de medicamentos NO PBS, antes denominados NO POS, a partir del 1 de Abril de 2017 debe efectuarse a través del nuevo aplicativo web llamado “MIPRES”, aplicativo mediante el cual los profesionales de la salud gozan de plena autonomía para prescribir los medicamentos, insumos y servicios que consideren necesarios para preservar y mejorar la salud de los pacientes; mecanismo en el cual se reportan los servicios médicos ordenados y que no están en el PBS, prescripciones que deben ser autorizados por el Ministerio de Salud, lo cual no se cumple en este caso, pues no fue aportado orden médica alguna ni radicado MIPRES al respecto.

El Artículo 6 de la Resolución 3951 de 2016, establece los requisitos para acceder al aplicativo de reporte de prescripción. El ingreso al aplicativo de reporte de la prescripción está supeditado a la obtención previa de usuario y clave, la cual será solicitada ante este Ministerio por cada PROFESIONAL DE LA SALUD, quien para el efecto, deberá estar inscrito en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud — ReTHUS; por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, las cuales deberán encontrarse habilitadas en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud — REPS.

Es claro que los profesionales de la salud deben acatar lo dispuesto en la norma citada y deben proceder a prescribir los suministros a través del nuevo sistema en línea del Ministerio.

Transcribe el título VII de la Resolución 3512 de 2019 por medio de la cual se actualiza integralmente el PBS con cargo a la UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se define las tecnologías no financiadas con recursos de la UPC; por lo que considera improcedente suministrar lo solicitado por la accionante pues llevaría a un detrimento del sistema de salud, por cuanto los recursos limitados deben dársele un uso adecuado.

Manifiesta que ante la inexistencia de orden médica emitida por médico tratante ni de ordenamiento MIPRES que de cuenta de las condiciones de salud que relata la accionante en el escrito de acción de tutela, no es dable acceder a su petición de que se le realice una cirugía pues no se cumple con las condiciones ni requisitos mínimos exigidos por la normatividad colombiana ni por la jurisprudencia para acceder al servicio de carácter estético, por cuanto la orden médica allegada, fue expedida por un médico particular, tratándose entonces de un ordenamiento que obedece a una solicitud de carácter estético, excluido del PBS; y que la NUEVA EPS, ha brindado los servicios de salud pertinentes y en ningún caso se ha emitido ordenamiento médico para el implante de prótesis mamarias.

Por lo expuesto solicita denegar la acción de tutela por IMPROCEDENTE, eximiendo a NUEVA E.P.S. de toda responsabilidad, toda vez que dicha entidad ha obrado en derecho dando cumplimiento a todas sus obligaciones y en ningún momento ha vulnerado o puesto en riesgo derecho fundamental alguno de la accionante, igualmente se niegue el procedimiento solicitado por no estar

contemplado en el PBS con cargo a la UPS y no debe ser cubierto con los recursos del Sistema Social en Salud.

Solicita que en caso de conceder el amparo invocado, se autorice a la NUEVA EPS a efectuar el recobro del 100% ante el ENTE TERRITORIAL o ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES de los valores pagados en exceso de sus obligaciones legales, respecto de la accionante, especificando el término máximo concedido para efectuar el correspondiente reembolso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver en este asunto se contrae en determinar si la NUEVA EPS, vulnera el derecho fundamental de salud, seguridad social y a la vida en condiciones dignas, al negarle el procedimiento médico ordenado por el médico cirujano particular que corresponde a AUMENTO RETROMUSCULAR DE MAMA TRAS AREOLAR +295-320 (MENTOR UHP) 2 HORAS B.H*10-6. a la accionante, para atender los diagnósticos de ATROFIA DE LA MAMA, APLASIA MAMARIA, DESNUTRICION PROTEICOCALORICA, OTROS TRASTORNOS EMOCIONALES Y DEL COMPORTAMIENTO Y PROBLEMAS RELACIONADOS CON EVENTOS QUE LLEVARAN A LA PERDIDA DE AUTOESTIMA.

Para tal fin, se analizarán los presupuestos de eficacia y validez de la acción, sus generalidades, los derechos fundamentales invocados como vulnerados, los principios que orientan la prestación del servicio de salud, las reglas jurisprudenciales de la concesión de tratamientos no pos.

3.2. De los presupuestos de eficacia y validez

Sobre este particular, se destaca que, acorde con lo establecido por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, se radica en este Despacho la competencia para conocer de esta acción constitucional, si se tiene en cuenta que este municipio corresponde al del domicilio del accionante y donde se presenta la afectación de sus derechos, o se generan sus efectos hace parte de este circuito judicial.

Se cumplen también las reglas de reparto de que trata el decreto 1382 de 2000, en consideración a la naturaleza jurídica de la entidad accionada, si se tiene en cuenta que NUEVA EPS, es una Empresa Prestadora del Servicio de Salud de naturaleza mixta, del orden departamental.

3.3. Generalidades de la Tutela

Como mecanismo excepcional, subsidiario y transitorio, tenemos que el artículo 86 de la Constitución Nacional, consagra la Acción de Tutela como un procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de autoridades públicas o de los particulares, respecto de los cuales el

sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los Jueces, a efectos de lograr la protección de los mismos.

De esta disposición constitucional se deduce que la tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se promueva como mecanismo transitorio, para evitar un “perjuicio irremediable”, que sea inminente, grave y de tal magnitud que requiera de medidas urgentes e impostergables; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

3.4. De los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

Derecho a La Salud: Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación: derecho constitucional y servicio público. En tal sentido, todas las personas pueden acceder al servicio de salud, y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el mismo que se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud, derecho que supone la existencia de cuatro elementos, sin la presencia de los cuales no podría sostenerse que se está garantizando la efectividad del derecho a la salud, estos elementos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Internacionalmente está definido por la Organización Mundial de la Salud como uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, así mismo desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional donde lo establece como un derecho fundamental autónomo. Recientemente, la Ley 1751 de 2015, dijo que la salud era un derecho autónomo e irrenunciable. Desde el derecho internacional, el derecho a la salud está consagrado en numerosos tratados internacionales como lo son: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, entre otros.

Derecho a la vida digna: Consagrado en el Artículo 11 de la Constitución Política cuando expresa:

“Artículo 11: El derecho a la vida es inviolable, no habrá pena de muerte”.

Este derecho se sintetiza como la posibilidad de desarrollar una vida auténticamente humana, vinculada y participando en grupos de convivencia social en donde se respete el valor fundamental de ser persona y se le permita crecer como corresponde a su misma dignidad, sin ningún tipo de discriminación, manipulación o violación de sus derechos humanos.

Derecho a la seguridad social: La consagración constitucional de este derecho se encuentra en el artículo 48, derecho que protege a los miembros más vulnerables de la sociedad, y en el cual es obligación del Estado asegurar la efectividad del derecho.

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

3.5. Principios que orientan la prestación del Servicio de Salud, según la Ley 1751 de 2015.

Según la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015, la salud es un derecho fundamental autónomo; esto implica que el acceso a los servicios de salud, debe ser de manera oportuna, eficaz y con calidad; siendo principios esenciales del derecho fundamental a la salud, la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional, universalidad, favorabilidad, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, y protección a pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

De lo anterior se desprende que la prestación de los servicios y tecnologías en salud deben proveerse sin dilaciones y que nadie está obligado a padecer enfermedades que puedan recibir tratamiento.

Por ende, las EPS, tanto del régimen contributivo, como del régimen subsidiado, deben garantizar la prestación del servicio en forma oportuna, eficaz y con calidad, y por consiguiente, si el derecho a la salud no es garantizado bajo esos principios, se constituye este hecho en un obstáculo al acceso y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere un servicio. Es entonces una obligación de las entidades encargadas, articular los servicios de forma que garantice un acceso efectivo a ellos, garantizar la calidad de los servicios de salud, y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Vale la pena anotar, que la citada ley en su artículo 15 párrafo 1, estableció un plazo de 2 años para fijar los mecanismos técnicos con el objetivo de determinar explícitamente las exclusiones al PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD (PBS) el cual reemplazó al PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS), tales como: tratamientos cosméticos, medicamentos sin evidencia de efectividad, los no autorizados por el Invima y los que estén en fase de experimentación; lapso de tiempo que venció el pasado 16 de febrero de 2017, lo que conlleva a tener en cuenta lo prescrito en la citada disposición.

El PBS está descrito en la resolución 6408 de 2016, norma que contiene, al igual que lo hacía el POS, una lista expresa de servicios de salud, que se financian con la unidad de pago por capitación. Ahora, los médicos sólo pueden formular servicios de salud incluidos en el PBS, pero si requieren algún servicio de salud No PBS (antes No POS), la resolución 5884 de 2016 les impone usar la herramienta MIPRES, diseñada por el MINSALUD, software que, a través de unos parámetros tecnológicos, “aconducta” a los médicos para que no ordenen servicios no incluidos en el PBS. Es decir, la autorización que antes hacía el Comité Técnico Científico (CTC) fue reemplazada por los parámetros del software del MIPRES, de manera

que el Ministerio, sutilmente, controlará lo que prescriban los profesionales de la salud.

Ahora bien, si el médico definitivamente decide formular algo que no encaja en el PBS, bien porque se trate de servicios de salud complementarios, como un colchón antiescaras para un parapléjico, o suplementos nutricionales, o porque va a prescribir un medicamento cuyo uso no corresponda al registro sanitario, se aplica un control a través de la Junta de Profesionales de la Salud (JPS), similar a los antiguos CTC, la cual decide la pertinencia de la prescripción del servicio. Cabe precisar que la única diferencia de las JPS con los CTC es que operan en las IPS y no en las EPS, como ocurría antes.

3.6 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 salud¹ 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 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”²

¹ 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”.

² Sentencias T-038 de 2007 y T-159 de 2015.

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 PBS³:

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 propósito⁴.

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 Estado⁵.

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

³ 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”.*

⁴ Sentencia T-322 de 2018.

⁵ Sentencias T-414 de 2016 y T-322 de 2018.

llevar una vida en 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 requiera⁶.

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 social⁷.

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 2018⁸.

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 medicamentos⁹.

3.7.- Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones NO POS -hoy entiéndase No PBS-

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia¹⁰, al pronunciarse sobre la procedencia de la acción de tutela para la obtención del suministro de prestaciones excluidas del POS ha manifestado que es posible ordenar las mismas bajo el cumplimiento de ciertas reglas. Así, en Sentencia T-760 de 2008, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, señaló: ¹¹

⁶ 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.

⁷ Sentencias T-159 de 2015, T-579 de 2017 y T-003 de 2019.

⁸ 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.

⁹ Lo anterior fue reiterado por la Sentencia T-436 de 2019.

¹⁰ Al respecto ver Sentencias T-237 de 2003, T-835 de 2005, T-227 de 2006 y T-335 de 2006, entre otras.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

“No obstante, en determinados casos concretos, la aplicación estricta y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede quebrantar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación, en desarrollo del principio de la supremacía de la Carta Política, ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido¹² para ordenar que sea suministrado y evitar de ese modo que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas. En efecto, tenemos que la Corte ha señalado, para la procedencia del amparo constitucional en materia de medicamentos y tratamientos que se encuentren excluidos de la cobertura del POS, los siguientes requisitos:

1) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna¹³;

2) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente;

3) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema;

4) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento”.¹⁴

4. EL CASO CONCRETO

Conforme se dejó expuesto, la acción de tutela incoada MARÍA ALEJANDRA PATIÑO VÉLEZ, se orienta a que se protejan sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, seguridad social y a la salud ordenándosele a la **NUEVA EPS**, que proceda a autorizar y realizar la orden médica del procedimiento quirúrgico AUMENTO RETROMUSCULAR DE MAMA TRAS AREOLAR +295-320 (MENTOR UHP) 2 HORAS B.H*10-6. a la accionante, para atender los diagnósticos de ATROFIA DE LA MAMA, APLASIA MAMARIA, DESNUTRICION PROTEICOCALORICA, OTROS TRASTORNOS EMOCIONALES Y DEL COMPORTAMIENTO Y PROBLEMAS RELACIONADOS CON EVENTOS QUE LLEVARAN A LA PERDIDA DE AUTOESTIMA.

A este respecto, obra constancia en el expediente, que MARÍA ALEJANDRA PATIÑO VELEZ, se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado adscrita a la NUEVA EPS, información que se obtuvo de consultar la página web del ADRES, y que se constata en los documentos aportados con el escrito de tutela; además de ello,

¹² Ver, entre otras, Sentencias T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, T-547 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-630 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Sentencia T-1093 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-883 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño y Sentencia T-406 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

también se demostró que la accionante, según los especialistas que la han valorado, fue diagnosticada así:

.- En consulta de 12 de febrero de 2020, al Dra. Juliana Sierra Zuluaga, Internista Endocrinóloga, le diagnostica HALLAZGOS ANORMALES EN MUESTRAS TOMADAS DE ORGANOS GENITALES FEMENINOS: NIVEL ANORMAL, asimismo señala que *“... es poco probable un defecto hormonal, suspende medicación y ordena realizar perfil hormonal completo. Remite a nutrición por efecto de bajo peso”*.

.- En consulta del 13 de marzo de 2020, la Dra. Jessica Nanneth Calderón Montoya, Nutricionista, le diagnosticó DESNUTRICION PROTEICOCALÓRICA MODERADA, ordena *“... continuar con plan hipercalórico 40kcal*kg, Normoprotéico 1.2 gr*kg, controlada en grasa saturada, sodio, carbohidratos simples alta en fibra dietaria fraccionado”*.

.- El 14 de abril de 2020, el Dr. John Nayro Gutiérrez Restrepo, Endocrino, confirma el diagnóstico HALLAZGOS ANORMALES EN MUESTRAS TOMADAS DE ORGANOS GENITALES FEMENINOS: NIVEL ANORMAL, señala que *“... por lo visto en exámenes y EF de la cita previa no parece tener un defecto hormonal que explique su cuadro. Pienso que influye más el bajo peso y la pobre reserva de grasa”*.

.- El 28 de julio de 2020, el Dr. John Nayro Gutiérrez Restrepo, Endocrino, le diagnostica PERDIDA ANORMAL DE PESO y señala *“Paciente con perfil hormonal normal. Por lo visto en exámenes y EF de la cita previa no tiene un defecto hormonal que explique su cuadro. Tiene un IMC de 17.15. Se debe insistir en aumento de peso. Su talla de crecimiento mamario se debe al bajo peso poco tejido graso. Requiere manejo por nutrición y aumento de aporte calórico en su dieta. No requiere terapia hormonal de mi parte”*.

.- el 29 de septiembre, 05 de octubre de 2020, fue diagnosticada por la Dra. Claudia Lucía Gómez Vásquez, Psicóloga con PROBLEMAS RELACIONADOS CON EVENTOS QUE LLEVARON A LA PERDIDA DE AUTOESTIMA EN LA INFANCIA, TRASTORNO DE LA MAMA NO ESPECIFICADO y OTROS TRASTORNOS EMOCIONALES Y DEL COMPORTAMIENTO QUE APARECEN HABITUALMENTE EN AL NIÑEZ, en cuya última cita, la profesional estimó que *“Por posible presencia de baja autoestima en paciente, se interviene motivando a identificar habilidades y potencialidades que permitan resaltar características de personalidad (actividad que realiza de manera satisfactoria), se deja abierta la posibilidad al especialista determinar la posibilidad de intervención quirúrgica en paciente (aumento de senos) desde el área de psicología se seguirá interviniendo por sospecha de dificultades en los autoesquemas, durante el desarrollo de la consulta no permite evidenciar cogniciones ansiosas y/o depresivas, permite adecuado desarrollo de consulta, actitud introspectiva y prospectiva adecuada, se retira estable emocionalmente, debe hacerse seguimiento en 1 mes o antes en caso de requerirlo”*.

.- El 26 de octubre de 2020, el Dr. David Ricardo Delgado Anaya, cirujano Plástico, le diagnosticó ATROFIA DE LA MAMA, y reseñó *“Paciente con hipoplasia mamaria marcada asociada a bajo peso, requiere ganar peso para mejorar la respuesta*

hormonal, para obtener el resultado estético en sus mamas, requiere una mamoplastia de aumento con prótesis de silicona, sin embargo se recomienda subir de peso antes del procedimiento. Se envía a nutrición y se envía a gastroenterología por trastornos en la tolerancia alimentaria”.

Teniendo en cuenta que en la última valoración, el médico cirujano plástico reseñó en la historia clínica que la accionante “...*requiere una mamoplastia de aumento con prótesis de silicona...*”, sin que emitiera orden alguna al respecto, procedió la accionante a consultar con un cirujano plástico no adscrito a la red de prestadores de la NUEVA EPS, a fin de que este emitiera dicha orden, la cual no fue tenida en cuenta por la entidad accionada por no cumplir con las condiciones ni requisitos mínimos exigidos por la normatividad colombiana ni por la jurisprudencia para acceder al servicio de carácter estético, por cuanto la orden médica allegada, fue expedida por un médico particular, tratándose entonces de un ordenamiento que obedece a una solicitud de carácter estético, excluido del PBS.

De la lectura de la historia clínica aportada, se observa que María Alejandra, presenta una atrofia de la mama, que según los médicos endocrinos que la han tratado, se relaciona al bajo peso que presenta y la falta de grasa corporal y no a un trastorno congénito u hormonal; por lo que el médico cirujano plástico, Dr. David Ricardo Delgado Anaya, sugirió la intervención quirúrgica mamoplastia de aumento con prótesis de silicona, más no lo prescribió a través del aplicativo MIPRES, por lo que no se dio inicio al procedimiento regulado para los servicios médicos excluidos del PBS; pero lo más relevante para el caso, es que este galeno, no emitió orden alguna sobre la cirugía plástica por cuanto prescribió claramente que previo a la realización del mismo, la paciente aquí accionante, debe subir de peso, razón por la cual fue remitida a las especialidades de nutrición y gastroenterología dado sus trastornos en tolerancia alimentaria.

Así mismo, no se encuentra demostrado que, actualmente dicho procedimiento sea necesario para el bienestar emocional psíquico y social de la accionante, dado que, de la valoración psicológica, calendada 05 de octubre de 2020 la psicóloga Dra. Claudia Lucia Gómez Vásquez determinó que María Alejandra Patiño Vélez “...*durante el desarrollo de la consulta no permite evidenciar cogniciones ansiosas y/o depresivas, permite adecuado desarrollo de consulta, actitud introspectiva y prospectiva adecuada, se retira estable emocionalmente {y} debe hacerse seguimiento en 1 mes o antes en caso de requerirlo*”.

En conclusión, si bien los especialistas en endocrinología y cirugía plástica adscritos a la NUEVA EPS, diagnosticaron a MARÍA ALEJANDRA con ATROFIA DE LA MAMA, esta patología, según enseña la historia clínica no está asociada a problemas congénitos sino al poco peso que presenta la accionante, por lo que fue remitida a nutrición y gastroenterología a fin de que gane peso y grasa corporal, lo que permitirá que el tratamiento hormonal ya suministrado con anterioridad de resultados, para, después de ello, decidir si es necesaria o procedente la intervención quirúrgica que se pretende lo que significa que la Nueva EPS no le ha vulnerado derecho fundamental alguno a la actora, por cuanto le ha prestado el tratamiento que ha requerido de acuerdo a los criterios médicos especializados que le ha procurado y que no se ha culminado como para determinar que la atrofia de mama diagnosticada no tiene otra solución que la cirugía, pues como ya se dijo el tratamiento no se ha completado, pues falta los resultados de la consulta u órdenes

dadas por la nutricionista y gastroenterólogo, lo que permite concluir al unísono con la entidad accionada, que no se ha configurado vulneración alguna a su derecho fundamental a la salud, en la medida en que es bajo criterio médico y en su orden, y no del simple querer del paciente, que se puede proceder a una intervención del tipo quirúrgico que se requiere.

Quede claro entonces, que esta acción constitucional no procede en este caso, no porque hubiese sido un especialista externo o particular el que hubiese dado la orden de la cirugía, pues existe línea jurisprudencial del máximo Tribunal Constitucional que determina la procedencia del amparo en casos así, sin embargo, lo que en este ocurre, es que el médico del mismo especialista de la EPS, conceptúa un tratamiento alimentario previo, criterio frente al que ninguna referencia hizo el especialista particular al que acudió la accionante.

En ese orden de ideas, al no estar demostrada la conducta omisiva que vulnera los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que ésta ha recibido el trato médico, valoraciones, prescritos en procura del restablecimiento de su salud, en el momento oportuno y bajo criterio u orden médica, , sin que le sea dable a un operador judicial, desconocer los criterios médicos especializados que ordenaron específicamente la necesidad de aumento de peso previo a realizar el procedimiento quirúrgico de aumento de mamas.

Por lo tanto no hay lugar a tutelar los derechos fundamentales invocados, pues no se demostró vulneración alguna.

En mérito de lo expuesto, y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, el **JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES DEL CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

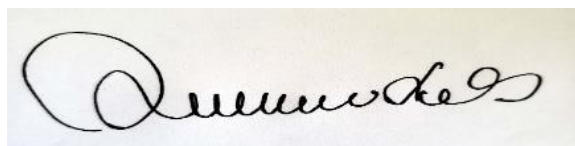
PRIMERO: NO CONCEDER LA TUTELA de los derechos fundamentales invocados por **MARÍA ALEJANDRA PATIÑO VELEZ**, identificada con **c.c. 1.035.870.406**, en contra de la NUEVA EPS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notificar, por el medio más expedito, la presente decisión a todas las partes, advirtiéndole de los recursos que proceden frente a la misma, al tenor de los artículos 30 y 31 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente a la ejecutoria del mismo, el presente fallo si no fuere impugnado, tal como lo establece el artículo 31 del citado decreto.

CUARTO: Culminado el trámite anterior, Archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Milena Sabogal Ospina', is shown on a light-colored background.

DIANA MILENA SABOGAL OSPINA
JUEZA

Firma escaneada conforme el art. 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del
Ministerio de Justicia y del Derecho